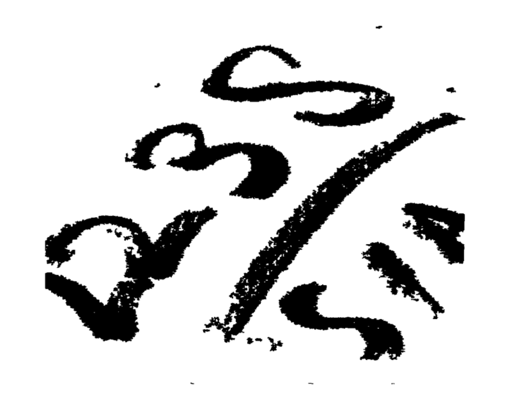
﴿فهرست الجزء الاول من تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام﴾
﴿تأليف القاضي برهان الدين ابراهيم ابن فرحون المالكي نفع الله به الانام﴾

صحيفه



صحيفه

الصحيفة

صحيفة

صحيفة

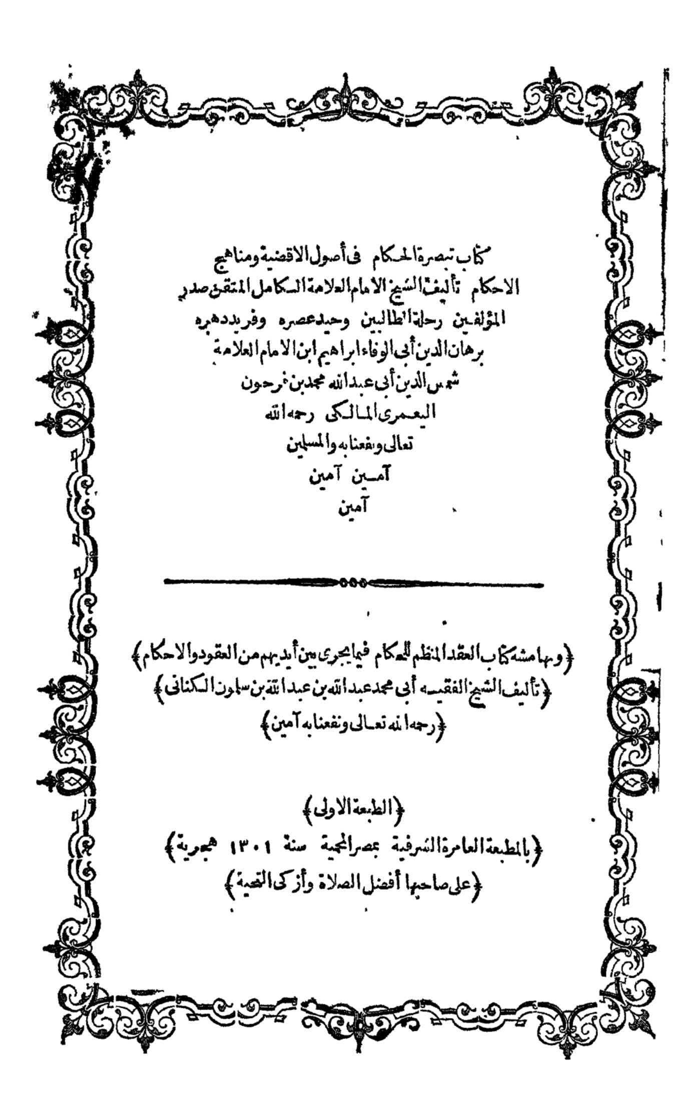
﴿تم﴾

﴿فهرست كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام الموشح بطرازه طرر كتاب تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام تأليف العلامة القاضي ابي محمد عبد الله ابن عبد الله ابن سلمون الكناني رحمه الله تعالى ونفع بعلومه المسلمون آمين﴾

صحيفة

صحيفه

(تمت)

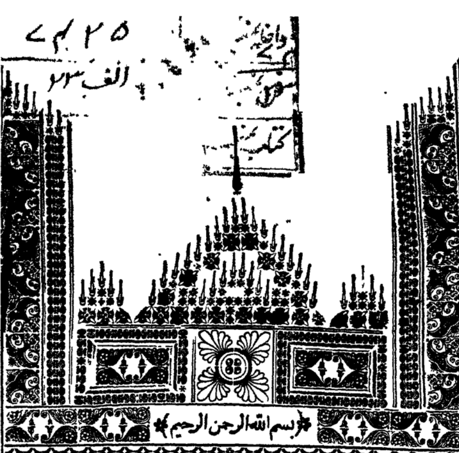


كتاب تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام

تأليف الشيخ الامام العلامة الكامل المتقن صدر المؤلفين رحلة الطالبين وحيد عصره وفريد دهره برهان الدين أبي الوفاء ابراهيم ابن الامام العلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي رحمه الله تعالى ونفعنا به والمسلمين آمين آمين آمين

﴿وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام﴾
﴿تأليف الشيخ الفقيه أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني﴾
﴿رحمه الله تعالى ونفعنا به آمين﴾

﴿الطبعة الاولى﴾
﴿بالمطبعة العامرة الشرفية بمصر المحمية سنة ١٣٠١ هجرية﴾
﴿على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية﴾



﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(الحمد لله) رب العالمين والعاقبة للمتقين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد خاتم النبيين وامام المرسلين كلما ذكره الذاكرون وكلما غفل عن ذكره الغافلون ورضي الله عن الصحابة أجمعين وعن التابعين لهم باحسان الى يوم الدين وسلم عليه وعليهم تسليما كثيرا وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم ﴿أما بعد﴾ فان الله تعالى أكمل بنبيه صلى الله عليه وسلم دينه القويم وهدى به من يشاء الى الصراط المستقيم وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد وشيده بالتقوى والعدل وجلب المصالح ودرء المفاسد وأيده بالادلة الموضحة للحق وأسبابه المرشدة الى ايصال الحق لاربابه وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه ولذلك قال سبحانه وتعالى وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته فالمراد بالكلمات القرآن العظيم تمت دلائله وحججه وأوامره ونواهيه وأحكامه وبشارته ونذارته وأمثاله وقال تعالى اليوم أكملت لكم دينكم الآية ﴿ولما كان﴾ علم القضاء من أجل العلوم قدرا وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا لانه مقام علي ومنصب نبوي به الدماء تعصم وتسفح والابضاع تحرم وتنكح والاموال يثبت ملكها ويسلب والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب والحجج التي تفصل بها الاحكام مرامه يحار فيها القطا وتقصر فيها الخطا كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية وحمدت عقباه في البداية والنهاية وقد قال مالك بن أنس رضي الله تعالى عنه كان الرجال يقدمون الى المدينة من البلاد ليسألوا عن علم القضاء وليس كغيره من العلوم ولم يكن بهذه البلدة أعلم بالقضاء من أبي بكر بن عبد الرحمن كان قاضيا لعمر بن عبد العزيز وكان قد أخذ شيأ من علم القضاء من أبان بن عثمان

واخذ

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿الحمد لله﴾ والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿قال﴾ الشيخ الفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن علي ابن سلمون الكناني رحمه الله تعالى ورضي عنه ونفعنا به وبعلومه آمين ﴿الحمد لله﴾ ذي المجد والكرم * الذي علم بالقلم * علم الانسان ما لم يعلم وصلى الله على سيدنا محمد سيد ولد آدم * الذي به ديوان الرسالة ختم * وعلى آله الطاهرين وصحابته الاكرمين وسلم ﴿وبعد﴾ فانه لما كانت الاحكام الشرعية لها محل كبير من الدين وعمدة في حفظ نظام أمر المسلمين وابتليت بها في سن عتاب بن اسيد وعلمت ما في قوله عليه الصلاة والسلام القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة من الوعد والوعيد لم أزل أعمل النظر في دواوين العلماء وأطيل البحث عن المسائل المحفوظة في ذلك عن المتقدمين والمتأخرين حتى اجتمع لي في ذلك عدة من المسائل المفيدة وجملة وافرة من الاحكام والنوازل الفردية ﴿فأردت﴾ ان أضم نثرها وأنظم على الاختصار دررها في ديوان يحتوي عليها ويكون لي تذكرة عند التشوق عليها ﴿وأضفت﴾ الى ذلك من الوثائق المستعملة مما يكون لفائدتها كالتكملة * وقد

وأخذ ذلك أبان من أبيه عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهما ودليل قول مالك ان علم القضاء ليس كغيره من العلوم قوله تعالى وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما فأثنى سبحانه وتعالى على داود عليه السلام باجتهاده في الحكم وأثنى على سليمان عليه السلام باجتهاده وفهمه وجه الصواب (وروى) عن الحسن رضي الله تعالى عنه في قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب قال هو علم القضاء * ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقه فروع المذهب لان علم القضاء يفتقر الى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم باحكام الوقائع الجزئيات وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر ولا أحاط بها الفقيه خبرا وعليها مدار الاحكام والجاهل بها يخبط خبط عشواء في الظلام ولذلك قال أبو الاصبغ بن سهل لولا حضوري مجالس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه الامير سليمان بن أسود وأنا يومئذ أحفظ المدونة والمستخرجة الحفظ المتقن ومن تفقد هذا المعنى من نفسه ممن جعله الله اماما يلجأ اليه ويعول الناس في مسائلهم عليه وجد ذلك حقا وألفاه ظاهرا وصدقا ولذلك ألف أصحابنا رحمهم الله كتب الوثائق وذكروا فيها أصول هذا العلم لكن على وجه الاقتصار والايجاز * ولم أقف على تأليف اعتنى فيه باستيعاب الكشف عن غوامضه ودقائقه وتمهيد أصوله وبيان حقائقه فرأيت نظم مهماته في سلك واحد لمس الحاجة اليه وتتم الفائدة بالوقوف عليه وجردته عن كثير من أبواب الفقه الا ما لا ينبغي تركه لتعلقه بابواب هذا الكتاب ايثارا للاقتصار واستغناء بما ألفوه في ذلك لان الغرض بهذا التأليف ذكر قواعد هذا العلم وبيان ما تفصل به الاقضية من الحجج وأحكام السياسة الشرعية وبيان مواقعها وما وقع فيه من تكرار المسائل فانما ذلك لمناسبة ذكر ذلك في المحلين وعدم الاستغناء باحدهما عن الآخر (وسميته تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام) ورتبته على ثلاثة أقسام

(القسم الاول) في مقدمات هذا العلم التي تنبني عليها الاحكام (القسم الثاني) فيما تفصل به الاقضية من البينات وما يقوم مقامها (القسم الثالث) في أحكام السياسة الشرعية * القسم الاول يشتمل على أبواب (الاول) في بيان حقيقة القضاء ومعناه وحكمه وحكمته (الباب الثاني) في فضل ولاية القضاء والترغيب في القيام فيها بالعدل وحكم السعي في طلب القضاء وما يجب من ذلك ويباح ويستحب ويكره ويحرم (الباب الثالث) فيما يستفاد بولاية القضاء من النظر في الاحكام وما ليس للقاضي النظر فيه وذكر مراتب الولايات (الباب الرابع) في الالفاظ التي تنعقد بها الولايات والشروط المفسدة لها (الباب الخامس) في أركان القضاء وهي ستة القاضي والمقضي به والمقضي له والمقضي فيه والمقضي عليه وكيفية القضاء (الركن الاول) يشتمل على

جمعت من ذلك للناظر ما يكثر به لواؤه ولا يجده مجموعا في سواه والله تعالى أسأل أن ينفع به فهو حسبي ونعم الوكيل (وسميته بكتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام)

(النكاح)

وهو مندوب اليه عند جمهور العلماء وقال أهل الظاهر بوجوبه وللمتأخرين من المالكية في ذلك تفصيل قال بعضهم فاذا كان الرجل لا أرب له في النساء ولا يرجو له نسلا لانه حصور أو مجبوب أو خصي أو شيخ فان أو عقيم قد علم ذلك من نفسه وكان له مباحا وان كان له أرب في النساء الا انه يقدر على التعفف أو لا أرب له ويصح منه النسل كان له مندوبا وان كان لا يقدر على التعفف وله أرب في النساء ويخشى على نفسه الزنا ولا يقدر على التسري ولا يذهب ذلك عنه بالصوم كان عليه واجبا وان كان لا يحتاج اليه ويخشى أن لا يقوم بما أوجبه الله عليه فيه فهو له مكروه * واعلانه مندوب اليه لقوله عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف ويكون اعلانه بالذكر واللعب والوليمة قال مالك ولا بأس بالدف والكبر وقال أصبغ لا يعجبني المزهر وهو المربع (والوليمة مستحبة) وهي بعد البناء وقيل قبله وأولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على زينب وصفية بعد البناء * وتستحب الخطبة يوم الجمعة بعد صلاة العصر ويستحب العقد في شوال والبناء فيه لان عائشة رضي الله تعالى عنها تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم في شوال وبنى بها في شوال وقد حكى انه يستحب النكاح في رمضان رجاء البركة وانه تزوج عائشة فيه والاول أصح * ولا يصح الا بالولي والصداق وشاهدي عدل (فأما) الولي فهو شرط في أصل العقد

فان عرى منه العقد وباشرته المرأة بنفسها كان فاسدا ولم يصح باجازة الولى (وأما) الصداق فلا يجوز التواطؤ على
اسقاطه ويجوز تأخير قبضه الى حين البناء والا يقع تقديره جبر وهو نكاح التفويض عند مالك (وأما) الشاهدان
فلا بد منهما أيضا قبل الدخول فان ٤ وقع الدخول قبل الاشهاد حد الا أن يأتيا بشبهة قال بعض المتأخرين
اذا أقر الرجل بوطء امرأة
وادعى انه تزوجها أو وطئ
أمة رجل وادعى انه اشتراها
فعليه الحد فى مذهب ابن
القاسم ولا يحد على مذهب
أشهب وقول ابن حبيب فى
الواضحة فان وقع العقد دون
اشهاد وأشهدا قبل الدخول
صح باتفاق ولا ينعقد الا بلفظ
يقتضى التأبيد كأنكحت
وزوجت * وأولى الاولياء بالعقد
المالك ثم الابن وان سفل ثم
الاب وروى الاب مقدم على
الابن ثم الاخ ثم ابنه ثم الجد
وقيل الجد أولى من الاخ
ثم سائر العصبة على حسب
ترتيبهم فى الارث ﴿ انكاح
الاب ابنته البكر فى حجره ﴾
الحمد لله رب العالمين والصلاة
والسلام على سيدنا محمد خاتم
النبيين والمرسلين وعلى آله
وصحابته أجمعين وبعد فهذا
كتاب نكاح انعقد على بركة
الله تعالى بين فلان وفلان فى
ابنته البكر فى حجره فلانة
بصداق مبلغه بين نقد وكالئ
كذا النقد منه كذا برسم
الحلول والكالئ كذا مؤخرا
الى أجل كذا تزوجها
بكلمة الله العلى العظيم وعلى
سنة سيدنا محمد رسوله الكريم
وعلى ما نطق به محكم القرآن
من امساك بمعروف أو تسريح باحسان وليحسن صحبتها ويجمل عشرتها وله عليها مثل ذلك وزيادة درجة الثانى
لقوله عز وجل وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم عقده عليها بما ملكه الله من أمرها وجعل بيده من العقد عليها

ثمانية فصول ﴿ الاول ﴾ فى شروط صحة الولاية وما يوجب العزل وما هو شرط كمال ﴿ الثانى ﴾
فى الاحكام اللازمة للقاضى فى خاصة نفسه ﴿ الثالث ﴾ فيما يتعلق بمسكنه ومجلسه وما
يتصل بذلك ﴿ الرابع ﴾ فى سيرته فى الاحكام ﴿ الخامس ﴾ فيما يبتدئ بالنظر فيه
﴿ السادس ﴾ فى سيرته مع الخصوم ﴿ السابع ﴾ فى استخلاف القاضى ﴿ الثامن ﴾ فى
التحكيم ﴿ الركن الثانى ﴾ المقضى به * وفيه بيان حكم القاضى المقلد وما يتعين فى حقه
أن يحكم به من الاقوال والروايات وبيان ما ينقض فيه حكم الحاكم ونقض القاضى أحكام
نفسه ونقض أحكام غيره وبيان ما لا ينفذ من أحكام القاضى وبيان ما لا يعتبر من أفعاله
اذا عزل أو مات وحكم الكشف عن القضاة وجمع السلطان الفقهاء للنظر فى حكم
القاضى والنظر فى قيام المحكوم عليه يريد فسخ الحكم عنه ﴿ الركن الثالث ﴾ المقضى
له ﴿ الركن الرابع ﴾ المقضى فيه * وفيه ذكر الاحكام التى ينظر فيها القاضى وما ليس
له النظر فيه وحكم الشئ المدعى فيه يكون فى غير بلد الدعوى ﴿ الركن الخامس ﴾ المقضى
عليه * وفيه أنواع المقضى عليهم والحكم على الغائب ﴿ الركن السادس ﴾ فى كيفية
القضاء ويشتمل على سبعة أقسام ﴿ القسم الاول ﴾ فى معرفة تصرفات الحكام * وفيه
فصول ﴿ أولها ﴾ فى تقرير الحكام على الوقائع وما هو منها حكم وما ليس بحكم ﴿ وثانيها ﴾
فى بيان الفرق بين تصرفات الحكام التى هى حكم لا يجوز تعقبها والتى ليست بحكم ويجوز
تعقبها ﴿ وثالثها ﴾ فى بيان المواضع التى تفتقر الى حكم الحاكم وما لا يفتقر وما اختلف
فيه وبيان أبواب الفقه التى يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنا ﴿ ورابعها ﴾ الفرق بين ألفاظ
الحكم التى جرت بها عادة الحكام فى التسجيلات فى قولهم ليسجل بثبوته والحكم بصحته
وقولهم ليسجل بثبوته وصحته وقولهم ليسجل بثبوته والحكم بموجبه وبيان الفروق التى
بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب وبيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب
وقولهم ليسجل بالحكم بثبوته والحكم بمضمونه وقولهم ليسجل بالحكم بثبوته وقول الحاكم
ثبت عندى قيام البينة بكذا وكذا أو ثبت عندى الاقرار وقولهم ليسجل بثبوته والحكم بما
قامت به البينة وقولهم ليسجل بثبوته والحكم بما ثبت عنده وقولهم ليسجل بثبوته والحكم به
وبيان ما يدل عليه اختلاف هذه التسجيلات ﴿ وخامسها ﴾ الفرق بين الثبوت والحكم
﴿ وسادسها ﴾ فى معنى تنفيذ القاضى حكم نفسه وتنفيذه حكم غيره وما يمتنع تنفيذه
﴿ وسابعها ﴾ فيما يدل على الحكم من قول أو فعل وبيان انقسام الحكم الى كونه تارة يكون
خبرا يحتمل الصدق والكذب وتارة لا يحتمل ذلك ﴿ وثامنها ﴾ فى ذكر تنبيهات فى
التسجيل وما ينبغى للقاضى أن يمتنع من التسجيل به والاشهاد على نفسه فيه وما ينبغى أن
ينبه عليه فى الاسجال ﴿ وتاسعها ﴾ فى ذكر الحكم المعلق على شرط صدق المدعى ﴿ القسم
الثانى ﴾ فى بيان المدعى من المدعى عليه ﴿ القسم الثالث ﴾ فى ذكر الدعاوى وأقسامها
* وفيه فصول ﴿ الاول ﴾ فى الدعوى الصحيحة وشروطها وكيفية تصحيح الدعوى ﴿ الفصل

الثاني) في تقسيم الدعاوى الى ثمانية أنواع (الفصل الثالث) في تقسيم المدعى عليهم الى أربعة أنواع (الفصل الرابع) في تقسيم المدعى لهم وما يسمع من بيناتهم وما لا يسمع منها وهو ستة أنواع (الفصل الخامس) في التنبيه على أحكام يتوقف سماع الدعوى بها على اثبات فصول (الفصل السادس) في حكم الوكالة على الدعوى (القسم الرابع) في حكم الجواب عن الدعوى وأقسامه (القسم الخامس) في بيان العمل في الاعذار والتأجيل والتلوم والتعجيز وتوقيف المدعى فيه (القسم السادس) في ذكر اليمين وصفتها وزمانها ومكانها والتغليظ فيها وبيان القدر الذي تجب به اليمين في مقطع الحق وحكم النكول عن اليمين وبيان حكم اليمين المردودة وجمع الدعاوى في يمين واحدة وما لا بد فيه من يمينين وبيان الدعاوى التي لا تجب بسببها يمين وبيان أحكام الخلطة وما تجب فيه اليمين بغير خلطة وذكر فصول وأحكام لا يسع جهلها (القسم السابع) في ذكر البينات * وفيه فصول (الاول) في التعريف بحقيقة البينة وموضوعها شرعا (الفصل الثاني) في أقسام مستند علم الشاهد (الفصل الثالث) في حد الشهادة وحكمها وحكمتها وما تجب فيه (الفصل الرابع) في مراتب الشهود وفي الشهادات وهي احدى عشرة مرتبة (الفصل الخامس) في صفات الحقوق ومراتب الشهادات (الفصل السادس) في صفات الشاهد وذكر موانع قبول الشهادة وما يشترط فيه التبرز في العدالة (الفصل السابع) فيما ينبغي للشهود أن يتنبهوا له في تحمل الشهادة وأدائها ويحترزوا من الوقوع فيه والاحكام المتعلقة بكاتب الوثائق (الفصل الثامن) فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادات عنده وفي الاشهاد عليه في التسجيلات (الفصل التاسع) فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل (الفصل العاشر) في صفة اداء الشهادة وما يجزئ في ذلك وما لا يجزئ من الالفاظ وبتمام هذه الفصول انتهى القسم الاول من الكتاب وهو قسم المقدمات

(القسم الثاني) من الكتاب في ذكر أنواع البينات وما يقوم مقامها مما تنفصل به الاحكام * وفيه سبعون بابا (الباب الاول) في القضاء بأربعة شهود (الباب الثاني) في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما (الباب الثالث) في القضاء بشاهدين أو بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين أو بامرأتين ويمين (الباب الرابع) في القضاء بشاهد أو بامرأتين ونكول المدعى عليه عن اليمين الرافعة للدعوى أو اليمين المردودة وحكم نكول المدعى عن اليمين المصححة للدعوى (الباب الخامس) في القضاء بالبينة مع يمين القضاء وتسمى يمين الاستبراء (الباب السادس) في القضاء بتبدئة المدعى عليه باليمين وتأخير يمين المدعى له من صغير حتى يبلغ أو غائب حتى يقدم وحكم يمين المولى عليه (الباب السابع) في القضاء بشاهد المولى عليه مع يمين وليه (الباب الثامن) في القضاء بشاهد العبد ويمين سيده (الباب التاسع) في القضاء بشاهد الوكيل ويمين الموكل

والنظر لها والدها وهي بكر في حجره وولاية نظره صحة الجسم والعقل خلو من الزوج وعدة الوفاة حل العقد بعد الاستثمار المستحب وشهد على الزوج وولد الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وهما بحال الصحة والجواز في كذا (بيان ونقصه) الخطبة مستحبة وما قل منها أفضل ه والصداق ما يبذله الزوج للزوجة في عقد النكاح وهو المهر أيضا وقد يسمى بعض الكتاب المكتوب الذي تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقا وذلك تجوز وانما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح (والصداق) هو المبذول وأقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يساويهما فان وقع النكاح باقل من ذلك ففي ذلك قولان في المدونة أحدهما انه يفسخ قبل البناء وبعده والثاني انه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وهل هذان القولان بالفسخ اذا أبى الزوج عن اكمال أقل الصداق أم ذلك اذا وقع كذلك سواء أبى الزوج عن اكماله أم لا في ذلك أيضا قولان للمتأخرين وقد أجازت طائفة من أهل العلم النكاح على ما تراضوا عليه من قليل أو كثير وهو مذهب ابن المسيب وغيره وبه قال ابن وهب ولو بدرهم واحد * وأما أكثره لا حد له (وقد) أراد عمر رضي الله تعالى عنه أن يحمل الناس على أن لا يجاوزوا في الصداق أربعمائة درهم وهو مبلغ صداق أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فقالت امرأة يا أمير المؤمنين ان الله تعالى يقول وآتيتم احداهن قنطارا فقال كل الناس أعلم منك يا عمر حتى النساء * ولا بد من بيان السكة ان كان الصداق دنانير أو دراهم فان سقط ذكرهما كان لها السكة الجارية في البلد في تاريخ النكاح فان اختلفت أخذت

من الاغلب فان تساوت أخذت من جميعها كمن تزوج برقيق ولم يصف حمرانا ولا سودانا * والنقد هو المعجل ولا يبرأ الزوج منه حتى ينص على قبضه وقد ذكر ابن أبي زمنين في وثائقه انه اذا قال نقدها وسكت ان في ذلك قولين أحدهما ان في ذلك براءة الزوج وهو قول سحنون ٦ لان معنى نقدها عجل لها اى دفع لها والثانى انه لا يبرأ بذلك حتى ينص على القبض وهو قول ابن حبيب وللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه فان رضيت بالدخول قبل قبضه جاز بعد أن ينقدها منه مقدار ربع دينار (والكالئ) بالهمز هو المؤخر والنكاح به دون تقدم مكروه وتأجيله الى العشرين سنة فما دونها جائز باتفاق ولا يفسخ النكاح اذا وقع به واختلف ان وقع لاكثر من ذلك فقيل انه يفسخ فيما فوق العشرين وهو قول ابن وهب وقيل انه لا يفسخ الا فيما فوق الاربعين وهو الذى رجع اليه ابن القاسم وقيل لا يفسخ الا في الخمسين والستين وقيل في السبعين والثمانين وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ واختار ابن القاسم أجله أربع سنين فما دونها والست سنين أيضا فما دونها وكرهه فيما جاوز ذلك واختار غيره العشر سنين فما دونها وكرهه فيما جاوز ذلك وهو قول أصبغ وأشهب وقيل يجوز فيما دون العشرين من غير كراهة وان أغفل ذكر الاجل فيه فان النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل معجلا ما لم يكن أقل من المعجل المسمى فلا ينقص منه أو أكثر من المعجل والمؤجل فلا يزاد عليهما وروى عيسى ان النكاح يفسخ اذا لم يكن للكالئ أجل مطلقا وذكر ابن مغيث في وثائقه اذا لم يؤرخ أجل الكالئ ان النكاح يجوز ويضرب له أجل البلد قياسا

(الباب السابع والاربعون) فى القضاء بكتاب القاضى الى القاضى (الباب الثامن والاربعون) فى القضاء بكتاب القاضى الى أمينه وكتاب أمين القاضى اليه (الباب التاسع والاربعون) فى القضاء بمشافهة القاضى للقاضى (الباب الخمسون) فى القضاء بعلم القاضى ونفوذ قوله (الباب الحادى والخمسون) فى القضاء بالشهادة المكتومة لعذر أو لغير عذر (الباب الثانى والخمسون) فى القضاء بالصلح (الباب الثالث والخمسون) فى القضاء بالاقرار (الباب الرابع والخمسون) فى القضاء باجتهاد الحاكم (الباب الخامس والخمسون) فى القضاء بالاشبه من قول الخصمين (الباب السادس والخمسون) فى القضاء بموجب الجحود (الباب السابع والخمسون) فى القضاء بالعرف والعادة (الباب الثامن والخمسون) فى القضاء بقول أهل المعرفة (الباب التاسع والخمسون) فى القضاء بشهادة الاخرس (الباب الستون) فى القضاء بشهادة الاعمى (الباب الحادى والستون) فى القضاء بشهادة الرهن بمبلغ الحق (الباب الثانى والستون) فى القضاء بشهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق (الباب الثالث والستون) فى القضاء بشهادة رائحة الخمر وقيئها (الباب الرابع والستون) فى القضاء بشهادة الحمل على الزنا (الباب الخامس والستون) فى القضاء باللوث فى الاموال (الباب السادس والستون) فى القضاء بشهادة الحيازة على الملك (الباب السابع والستون) فى القضاء بشهادة العفاص والوكاء (الباب الثامن والستون) فى القضاء بالقرعة (الباب التاسع والستون) فى القضاء بالقافة (الباب السبعون) فى القضاء بقرائن الاحوال والامارات

(القسم الثالث) من الكتاب فى القضاء بالسياسة الشرعية * وفيه فصول (الفصل الاول فى الادلة على مشروعية ذلك من الكتاب والسنة (الفصل الثانى) فيما يجوز تعاطيه من السياسة (الفصل الثالث) فى الدعاوى بالتهم وأقسام المتهمين وعقوبتهم (الفصل الرابع) فى الدعاوى على أهل الغصب والتعدى والفساد (الفصل الخامس) فيما يلحق بالغصب من بيع المضغوط وأيمان الاكراه (الفصل السادس) فى أدب من وجد مع امرأة أو صبى أو وجد معه رائحة نبيذ (الفصل السابع) فى حكم من وجد مع امرأته رجلا أو وجد فى بيته سارقا فيقتلهما (الفصل الثامن) فى الكشف عن الفاسق واللص والبحث عنهما (الفصل التاسع) فى مسائل السياسة والزواجر الشرعية مرتبا على أبواب الفقه (الفصل العاشر) فى الجنايات الموجبة للعقوبات (الفصل الحادى عشر) فى التعزيرات والعقوبة بالحبس وأنواعه ومدته (الفصل الثانى عشر) فى القضاء بتضمين الصناع وغيرهم (الفصل الثالث عشر) فى القضاء بدفع الضرر وسد الذرائع * وبتمام ذلك تمت أبواب الكتاب وفصوله

(القسم الاول من الكتاب فى مقدمات هذا العلم وفيه أبواب)

على البيع على الخيار اذا لم يضرب له أجل * وفى كتاب الاستغناء اذا اختلف الزوج والولى فى أجل الكالئ فقال الشهود أنسيناه فان كان أجل الكوالئ كلها متعارفا عندهم وكان لقلة الكوالئ وكثرتها أجل حمل ذلك الكالئ الى مثل ذلك الاجل فان لم يكن ذلك عندهم متعارفا حمل أجله الى أكثر ما تحمل عليه الكوالئ الى مثل ذلك الاجل ويثبت النكاح * وان حل أجل الكالئ قبل الدخول كان للزوجة الامتناع منه حتى تقبضه على المشهور من مذهب مالك وأصحابه وقيل لا يكلف وزن الكالئ حتى يبنى بامرأته فاذا بنى وكمل أسبوعه معها أخذته فان أعسر به قبل البناء فانها تطلق عليه كالاعسار بالنقد وأما بعد البناء فلا تطلق عليه ويكون دينا فى ذمته قاله فى كتاب التنبيه أبو الطاهر بن بشير قال وللزوجة المطالبة به عند حلوله ان كانت رشيدة وان كانت سفيهة وأراد وليها أب أو غيره المطالبة به فرواية المتقدمين ان له ذلك وقال المتأخرون يجب أن لا تقع المطالبة به للعادة من تأخيره الا أن يثبت من طالب به الحاجة الى ذلك وانه حسن نظر وعليه القضاء الآن ومعنى تزوجها بكلمة الله العلى العظيم قول لا اله الا الله محمد رسول الله اذ لا يحل لغير مسلم أن يتزوج مسلمة وقيل بكلمة الله أى بقرآن الله وقال الخطابى الكلمة قول الله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والدرجة هى الطلاق الذى جعله الله تعالى بيده قال ذلك اسمعيل القاضى وقال غيره الدرجة ما فضله الله به عليها من الجهاد والشهادة والطلاق وغير ذلك وقيل هى قوامه عليها قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء * وان شئت قلت عوض عقده عليها أن نكحه اياها واختيار بعضهم

أنكحها اياه بتقديم الكتابة عليها قال لأن الولي انما ملك العقد عليها الا على الزوج وكذا الوجهين جائز ومعنى بما ملكه الله من أمرها أي من انكاحها واباحة وطئها وان شئت قلت بما ملكه الله من بضعها وهو النكاح أيضا وللاب أن يجبر الصغيرة مطلقا والبكر البالغ كذلك ٨ (ويستحب) استئذانها واستئذان الثيب بحرام كالبكر وفي الثيب بعارض قولان والثيب بالنكاح الفاسد كالثيب بالنكاح الصحيح وفي العانس والمطلقة بعد الدخول وقبل المسيس قولان وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان والبكر التي لم تتزوج فان ألفاها ساقطة العذرة ففي ذلك قولان أحدهما أنه لا يكون له القيام بذلك ولا ترد الزوجة الا أن يشترط انها عذراء وهو قول أشهب ورواه ابن حبيب عن مالك وأخذ به جماعة من المتأخرين والثاني ان له القيام بذلك وردها منه وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وقاله ابن العطار في وثائقه وعوّل ابن فتحون في وثائقه على القول الاول وصوبه فان قلت بكرا عذراء كان له الرجوع بلا خلاف وقولنا صحيحة الجسم والعقل أي لا عيب فيها من العيوب الموجبة للرد فان ألفاها الزوج عوراء أو عمياء أو غير ذلك فلا رجوع له ولا قيام على المشهور وقال ابن مغيث فان قلت سليمة في جسمها عوضا من صحيحة كان له القيام بذلك وبكل عيب يظهر بها واستحب للاب الاستئمار لرفع الخلاف اذ من العلماء من رأى أنه لابد من استئذانها وهو مذهب الاوزاعي وسفيان الثوري وكانت عادة من تقدم ترك الكتابة حتى أحدثت الشروط والكوالث (وسئل) بعضهم عن ثمن الورق الذي يكتب فيه وأجرة الكاتب على من تكون * فقال على الذي يتوثق لنفسه وهو المرأة (اعلم)

(الباب الاول في بيان حقيقة القضاء ومعناه وحكمه وحكمته)

(قال) ابن راشد حقيقة القضاء الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام قال غيره ومعنى قولهم قضى القاضي أي ألزم الحق أهله والدليل على ذلك قوله تعالى فلما قضينا عليه الموت أي ألزمناه وحتمناه عليه وقوله تعالى فاقض ما أنت قاض أي ألزم بما شئت واصنع ما بدا لك وفي المدخل لابن طلحة الاندلسي القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة وقال القرافي حقيقة الحكم انشاء الزام أو اطلاق * فالالزام كما اذا حكم بلزوم الصداق أو النفقة أو الشفعة ونحو ذلك فالحكم بالالزام هو الحكم وأما الالزام الحسي من الترسيم والحبس فليس بحكم لان الحاكم قد يعجز عن ذلك وقد يكون الحكم أيضا بعدم الالزام وذلك اذا كان ما حكم به هو عدم الالزام وان الواقعة يتعين فيها الاباحة وعدم الحجر * وأما الحكم بالاطلاق فكما اذا رفعت للحاكم أرض زال الاحياء عنها فحكم بزوال الملك فانها تبقى مباحة لكل أحد وكذلك الحاكم بان أرض العنوة طلق ليست وقفا على ما قاله مالك ومن تابعه والحاكم الشافعي يرى الطلق دون الوقف فانها تبقى مباحة وكذلك الصيد والنحل والحمام البري اذا حيز فحكم الحاكم بزوال ملك الحائز الاول صار ملكا للحائز الثاني فهذه الصور وما أشبهها كلها اطلاقات وان كان يلزمها الزام المالك عدم الاختصاص لكن هذا بطريق اللزوم والكلام انما هو في المقصود الاول بالذات لا في اللوازم كما أن المقصود الاول من الامر الوجوب وان كان يلزمه النهي عن الضد وتحريمه فالكلام في الحقائق انما يقع فيما هو في الرتبة الاولى لا فيما بعدها * قال غيره والحكم في مادته بمعنى المنع ومنه حكمت السفيه اذا أخذت على يده ومنعته من التصرف ومنه سمي الحاكم حاكما لمنعه الظالم من ظلمه ومعنى قولهم حكم الحاكم أي وضع الحق في أهله ومنع من ليس له باهل وبذلك سميت الحكمة التي في لجام الفرس لانها ترد الفرس عن المعاطب والعرب تقول حكم وأحكم بمعنى منع والحكم في اللغة القضاء أيضا فحقيقتهما متقاربة (وأما حكمه) فهو فرض كفاية ولا خلاف بين الائمة ان القيام بالقضاء واجب ولا يتعين على أحد الا أن لا يوجد منه عوض وقد اجتمعت فيه شرائط القضاء فيجبر عليه قال عيسى عن ابن القاسم قيل لمالك هل يجبر الرجل على ولاية القضاء قال لا الا أن لا يوجد منه عوض فيجبر عليه قيل له أيجبر بالضرب والحبس قال نعم ونحوه في كتاب ابن شعبان (وأما حكمته) فرفع التهارج ورد التواثب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والامر بالمعروف والنهي عن المنكر قاله ابن راشد وغيره

(الباب الثاني في فضل القضاء والترغيب في القيام فيه)
(بالعدل وبيان محل التحذير منه وحكم السعي فيه)

(اعلم) ان أكثر المؤلفين من أصحابنا وغيرهم بالغوا في الترهيب والتحذير من الدخول في ولاية القضاء وشددوا في كراهية السعي فيها ورغبوا في الاعراض عنها والنفور والهروب منها حتى تقرر في أذهان كثير من الفقهاء والصلحاء ان من ولي القضاء فقد سهل عليه دينه وألقى بيده الى التهلكة ورغب عما هو الافضل وساء اعتقادهم فيه وهذا غلط فاحش يجب الرجوع عنه والتوبة منه والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين فبه بعثت الرسل وبالقيام به قامت السموات والارض وجعله النبي صلى الله عليه وسلم من النعم التي يباح الحسد عليها فقد جاء من حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا حسد الا في اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها وجاء من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال هل تدرون من السابقون الى ظل الله يوم القيامة قالوا الله ورسوله أعلم قال الذين اذا أعطوا الحق قبلوه واذا سئلوه بذلوه واذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لانفسهم وفي الحديث الصحيح سبعة يظلهم الله تحت ظل عرشه الحديث فبدأ بالامام العادل وقال صلى الله عليه وسلم المقسطون على منابر من نور يوم القيامة على يمين الرحمن وكلتا يديه يمين وقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه لأن أقضي يوما أحب الي من عبادة سبعين عاما ومراده انه اذا قضى يوما بالحق كان أفضل من عبادة سبعين سنة فلذلك كان العدل بين الناس من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الاجر قال الله تعالى وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين فاي شرف أشرف من محبة الله تعالى (واعلم) أن كل ما جاء من الاحاديث التي فيها تخويف ووعيد فانما هي في حق قضاة الجور العلماء أو الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم ففي هذين الصنفين جاء الوعيد وأما قوله صلى الله عليه وسلم من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين فقد أورده أكثر الناس في معرض التحذير من القضاء وقال بعض أهل العلم هذا الحديث دليل على شرف القضاء وعظيم منزلته وأن المتولي له مجاهد لنفسه وهواه وهو دليل على فضيلة من قضى بالحق اذ جعله ذبيح الحق امتحانا لتعظم له المثوبة امتنانا فالقاضي لما استسلم لحكم الله وصبر على مخالفة الاقارب والاباعد في خصوماتهم فلم تأخذه في الله تعالى لومة لائم حتى قادهم الى مر الحق وكلمة العدل وكفتهم عن دواعي الهوى والعناد جعل ذبيح الحق لله وبلغ به حال الشهداء الذين لهم الجنة وقد ولى رسول الله صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل ومعقل بن يسار رضي الله عنهم القضاء فنعم الذابح ونعم المذبوح فالتحذير الوارد من الشرع انما هو عن الظلم لا عن القضاء فان الجور في الاحكام واتباع الهوى فيه من أعظم الذنوب وأكبر الكبائر قال الله تعالى وأما القاسطون فكانوا لجهنم حطبا وقال صلى الله عليه وسلم أن أعتى الناس على الله وأبغض الناس الى الله وأبعد الناس من الله رجل ولاه الله من

و وليها وأجرة الماشطة على التعارف بين الناس وقال ابن سهل لا يقضى على الزوج بأجرة الماشطة على الجلوة ان امتنع ولا بأجرة ضارب دف ولا كبر وال ويقضى عليه بالوليمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف أولم ولو بشاة مع العادة عند الخاصة والعامة وقال ابن رشد الوليمة مندوب اليها ومرغب فيها ٩ ولا يقضى بها على الزوج ولا حق فيها للزوجة وقال أبو عبد الله ابن عتاب لا يقضى على الزوج بالعرس والاجرة للجلوة المتعارفة عندهم ان امتنع من ذلك ويؤمر به ولا يجبر

﴿فصل﴾

ان كان الصداق هضبة أو ساق الزوج لزوجته أصل ملك أو غيره في صداقها كتبت في الهضبة على صداق مبلغه بين نقد وكالئ وهضبة كذا وكذا النقد من ذلك كذا والهضبة التي انعقد النكاح بها وتم على اسقاطها كذا والكالئ كذا مؤخرا الى أجل كذا وهذه الهضبة جائزة بكرا كانت الزوجة أو ثيبا محجورا عليها أو غير محجور عليها والنكاح انما انعقد بما دونها وذكرها في العقد لغو وفي كتاب ابن يونس ان أصدقها عددا معلوما فقال النقد منه كذا والكالئ كذا وبقي من الصداق عدد لم يذكره في نقد ولا كالئ انه يحمل على الهضبة ولا يجوز لاحد من الاولياء أن يعقد نكاح محجورة بأقل من صداق مثلها سواء كان الولي السلطان أو غيره الا الاب وحده في ابنته البكر فانه يجوز له أن يعقد نكاحها بربع دينار فما فوق وان كان

صداق مثلها أكثر من ذلك وكذلك يجوز له أن يسقط من صداقها ما شاء أو يؤخر به أو بعضه اذا كان ذلك كله على وجه النظر لها في مذهب ابن القاسم وعلى قول مالك لا يجوز أن يسقط من صداقها شيئا الا في الطلاق قبل البناء خاصة وهي رواية ابن وهب عن مالك ولا يجوز له أن يضع الصداق كله الا في الطلاق خاصة باتفاق

امرأمة محمد شيأ ثم لم يعدل بينهم وأما قوله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة قاض عمل بالحق في قضائه فهو في الجنة وقاض علم الحق فجار متعمدا فذلك في النار وقاض قضى بغير علم واستحيا أن يقول اني لا أعلم فهو في النار فصح ان ذلك في الجائر العالم والجاهل الذي لم يؤذن له في الدخول في القضاء وأما من اجتهد في الحق على علم فأخطأ فقد قال عليه الصلاة والسلام اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وان أخطأ فله أجر ويمثل ذلك نطق الكتاب العزيز في قوله تعالى وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما فأثنى على داود باجتهاده وأثنى على سليمان باصابته وجه الحكم وقد قال تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وان الله لمع المحسنين فيجب على من دخل في خطة القضاء بذل الجهد في القيام بالحق والعدل فقد قال بعض أئمة المذهب القضاء محنة ومن دخل فيه فقد ابتلي بعظيم لأنه عرض نفسه للهلاك اذ التخلص منه على من ابتلي به عسير ولذلك قال صلى الله عليه وسلم من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين قال ابن شاس وفي رواية ابن أبي ذؤيب فقد ذبح بالسكين وقال أبو قلابة مثل القاضي العالم كالسابح في البحر فكم عسى أن يسبح حتى يغرق قال بعض الائمة وشعار المتقين البعد عن هذا والهرب منه وقد ركب جماعة ممن يقتدى بهم من الائمة المشاق في التباعد عن هذا وصبروا على الأذى في الامتناع منه وقد هرب أبو قلابة الى مصر لما طلب للقضاء فلقيه أيوب فأشار اليه بالترغيب فيه وقال له لو ثبت لنلت أجرا عظيما فقال له أبو قلابة الغريق في البحر الى متى يسبح وما ولي سحنون القضاء حتى تخوف على نفسه ورأى أنه تعين عليه * فكلام أبي قلابة هذا ومن تقدمه وما أشبه ذلك من التهديد والتخويف انما هو في حق من علم من نفسه الضعف وعدم الاستقلال بما يجب عليه وكذلك من رأى نفسه أهلا لذلك المنصب والناس لا يرونه أهلا لذلك وقد قال مالك رضي الله تعالى عنه لا خير فيمن يرى نفسه أهلا لشيء لا يراه الناس له أهلا والمراد بالناس العلماء فهروب من كان بهذه الصفة عن القضاء واجب وطلبه سلامة نفسه أمر لازم (واعلم) أن طلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة في عرصات يوم القيامة روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ستحرصون على الامارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة * فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل اليه وخيف عليه فيه الهلاك ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من طلب القضاء واستعان عليه وكل اليه ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله ملكا يسدده وقال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن لا تسأل الامارة فانك ان تؤتها عن غير مسئلة تعن عليها وان تؤتها عن مسئلة توكل اليها وقد استثنى بعض أصحابنا من ذلك صورا يأتي ذكرها (وأما) تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة وقال أبو العباس من تلامذة ابن سريج الشافعي في كتاب أدب القضاء من

(ويعول) في [illegible] الزوج لزوجته المذكورة زائدا لما سمي من الصداق جميع الدار الكائنة بكذا المحدودة بكذا أو الموضع السقوي الكائن بكذا أو النصف الواحد من الاملاك الكائنة بكذا في الاشاعة معه أو مع الغير بحقوق ذلك وكافة حرمه ومنافعه سياقة صحيحة كمل بها الصداق وانعقد عليها النكاح بعد المعرفة بقدرها وعلى السنة في ذلك (وتجب) الشفعة للشريك في الجزء المسوق اذا كان في الاشاعة مع الغير بالقيمة لا بصداق المثل باتفاق وهل يجوز للزوجة أو لمن يلي أمرها بيع الملك المسوق قبل البناء أم لا في ذلك قولان أحدهما ان ذلك غير سائغ ولا جائز للمنفعة التي للزوج في ذلك حكاه القاضي ابن بشير والثاني ان ذلك سائغ ولا مقال للزوج في ذلك (وسئل ابن رشد) فيمن ساق لزوجته جزأ من أملاكه بقرية عينها على الاشاعة فلما كان بعد ذلك أراد بيع حقل معين من أملاكه بالقرية المذكورة وادعى أنه أفاده بعد السياقة ونازعته زوجته في ذلك (فقال) على الرجل أن يقيم البينة على ما ادعاه فان لم تكن له بينة حلفت المرأة وأخذت حقها منه (وان) تحمل الصداق عن الزوج والده أو غيره (قلت) وتحمل عن الناكح فلان والده للزوجة فلانة في عقدة هذا النكاح جميع الصداق المسمى نقده وكالئه وهديته ان كانت فيه هدية في ماله وذمته حملا لا حمالة أراد بذلك اعانة الناكح وصلته وهذا الحمل لازم للحامل في حياته وبعد وفاته وفي عدمه ويسره لثبوت النكاح بأسباب تقرره في ذمته يطالب به دون الزوج ولها الامتناع من الدخول حتى تقبضه فان أعدم الحامل لم يكن للزوج سبيل اليها حتى يدفعه ويتبع الزوج به الحامل ان دفعه فان أباحت له الدخول دون شيء لم يكن لها قبل زوجها شيء وتتبع الحامل به اذ لا يطالب الزوج بما حمله عنه غيره في عقد النكاح

تقبل

تقبل القضاء بعبالة وأعطى عليه رشوة فولايته باطلة وقضاؤه مردود وان كان قد حكم بحق قال وان أعطى رشوة على عزل قاض ليولى هو مكانه فكذلك أيضا وان أعطاها على عزله دون ولايته فعزل الاول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر في المعزول فان كان عدلا فاعطاء الرشوة على عزله حرام والمعزول باق على ولايته الا أن يكون من عزله قد تاب برد الرشوة قبل عزله وقضاء المستخلف أيضا باطل الا أن يكون المستخلف أيضا قد تاب قبل الولاية فيصح قضاؤه فان كان المعزول جائرا لم يبطل قضاء المستخلف قال المؤلف أبو العباس قلت هذا تخريجا على مذهب الشافعي والحنفي رحمهما الله تعالى انتهى قال أصحابنا فيجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه وان اجتمعت فيه شروط القضاء مخافة أن يوكل اليه فلا يقوم به وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا لا نستعمل على عملنا هذا من أراده ونظر عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه الى شاب في وفد قدموا عليه فأعجبه حاله فاذا هو يسأل القضاء فقال له عمر رضي الله تعالى عنه ان الامر لا يقوى عليه من يحبه قال ابن شاس ولا ينبغي أن يقدم على ولاية القضاء الا من وثق بنفسه وتعين لذلك أو أجبره الامام العدل على ذلك فللامام العدل اجباره ان كان صالحا وله هو أن يهرب ويمتنع الا أن يعلم انه تعين عليه فيجب عليه القبول وذلك اذا تحقق انه ليس في تلك الناحية من يصلح للقضاء سواه فلا يجوز له حينئذ الامتناع بل يجب عليه السعي في طلبه وتحصيله لتعين القيام بهذا الفرض عليه ويدل على ذلك قوله تعالى حكاية عن يوسف صلوات الله عليه اجعلني على خزائن الارض اني حفيظ عليم فانه كان بين قوم كفار فأراد استصلاحهم ودعاهم الى الله تعالى بالسعي في هذه الولاية دون غيرها الان المتولي لارزاق العباد تذل له الرقاب وتخضع له الجبابرة ولا يستغني أحد عن بابه فلهذا طلب هذه المرتبة دون الامارة والوزارة وغير ذلك من الولايات ولا يقال انه طلب ذلك ليتوصل به الى الاجتماع باخيه فان منزلته أشرف من هذا وأكمل وان كان هذا الغرض حاصلا فعلى سبيل التبعية لانه من لوازم هذه الولاية أعني ان اخوته لا بد لهم من الميرة وطلب القوت من عنده صلوات الله وسلامه على نبينا وعليه وعلى جميع الانبياء والمرسلين

(فصل) وطلب القضاء ينقسم الى خمسة أقسام واجب ومباح ومستحب ومكروه وحرام (فالوجه الاول) اذا كان من أهل الاجتهاد أو من أهل العلم والعدالة ولا يكون هناك قاض أو يكون ولكن لا تحل ولايته أو ليس في البلد من يصلح للقضاء غيره أو لكونه ان لم يل القضاء وليه من لا تحل ولايته وكذلك ان كان القضاء بيد من لا يحل بقاؤه عليه ولا سبيل الى عزله الا بتصديه لهذه الولاية فيتعين عليه التصدي لذلك والسعي فيه اذا قصد بطلبه حفظ الحقوق وجريان الاحكام على وفق الشرع لان في تحصيله القيام بفرض الكفاية (الوجه الثاني) ان يكون فقيرا وله عيال فيجوز له السعي في تحصيله لسد خلته وكذلك ان كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فيباح له أيضا والوجه الاول نقله

وقال ابن عتاب حكى ابن مغيث ان كان للابن مال وتحمل عنه والده الصداق كانت الزوجة مخيرة ان شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه وانظر في النكت وهذا كله ان كان الحمل في نفس العقد ولو وقع الحمل بعد عقد النكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل في الوفاة ان لم تقبض في قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون يلزمه على كل حال والحمل ضد الحمالة اذ الحمل لازم لا يرجع به والحمالة معناها الضمان وله الرجوع اذا أدى ولو وقع في نفس العقد ان فلانا ضمن الصداق عن الزوج ولم يبين هل هو على الحمل أو الحمالة وانعقد النكاح على ذلك [illegible] وغيرها أن ذلك على الحمل اللازم وقيل على الحمالة وبالاول القضاء

(فصل)

(وان) نحل والد الزوج ابنه أو والد الزوجة بنته أو غيرهما نحلة في كتاب الصداق (قلت) بعد ذكر الصداق والسياقة ونحل الزوج والده أو الزوجة والدها في عقدة هذا النكاح ومن أجله جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو النصف أو الربع من أملاكه الكائنة بقرية كذا وبحقوق ذلك وكافة حرمه وموافقه نحلة صحيحة صرمها الناحل من ماله وأبانها عن ملكه وصيرها مالا وملكا لابنه فلان أو لابنته فلانة وانعقد عليها هذا النكاح وتم بسببها (فان) كان المنحول له مالكا أمره زدت قبل قولك وانعقد عليها هذا النكاح وقبل ذلك منه المنحول له فلان أو فلانة فان سقط ذكر القبول لم يضر اذا شهدها في الكتاب متضمن للقبول وقيل تبطل النحلة الا أن يثبت انه اعتمرها وقبضها في صحة الناحل واذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر الى حيازة وقيل لا بد فيها من الحيازة وبالاول العمل لانها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع (واذا) كان المنحول دنانير أو شوارا أو غيره (قلت ما نصه) ونحل الزوجة والدها

فى عقدته هذا النكاح ومن أجله كذا وكذا دنانير من دنانير كذا الجارية بموضع كذا من شوار أو عن دار نحلة صحيحة صرفتها
من ماله وأبانتها عن ملكه وصيربها الدنانير المذكورة دينا حالا لها ولابراءة له منها الا بما تبرأ به الذمم شرعا وانعقد عليها هذا
النكاح وتم بسببها * وان سقط من ١٢ الوثيقة أن هذه النحلة انعقد عليها النكاح وكانت النحلة منصوصة فى الصداق

فقال ابن رشد انها لا تفتقر الى حيازة وكونها فى العقد منصوصة يقتضى ان النكاح انعقد عليها وقال غيره انها تفتقر الى الحيازة ان سقط الفصل المذكور وفى كتاب الاستغناء ان نحل الرجل ابنه الكبير نحلة فى عقد نكاحه ونحل معه ابنا له صغيرا أملاكا مشاعة ثم مات الاب قبل بلوغ الصغير نفذ ذلك لهما ان حازها الكبير وان لم يحزها جاز نصيب الكبير الذى انعقد عليه النكاح وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما قال المشاور وأحب الى أن ينفذ جميع ذلك لان عقد النكاح فى بعضه كالحيازة لجميعها للاختلاف فى ذلك كمن تصدق على كبير وصغير ولا شفعة فى هذه النحلة على مذهب مالك رضى الله تعالى عنه وان كان النكاح انعقد عليها واختلف فى ذلك الشيوخ رحمهم الله تعالى وهى بمنزلة الهبة والصدقة لا شفعة فيها وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك أن فيها الشفعة وقال به بعض الشيوخ فى النحلة على رواية ابن عبد الحكم فى الهبة وليس عليه العمل * فان طلق الزوج زوجته قبل البناء

المازرى ونقل الثانى فى الوجه المستحب ﴿الوجه الثالث﴾ اذا كان هنالك عالم خفى علمه عن الناس فأراد الامام أن يشهره بولاية القضاء ليعلم الجاهل ويفتى المسترشد أو كان هنالك خامل الذكر لا يعرفه الامام ولا الناس فأراد السعى فى القضاء ليعرفه وضع علمه فيستحب له تحصيل ذلك والدخول فيه بهذه النية قال المازرى وقد يستحب لمن لم يتعين عليه ولكنه يرى انه انهض به وأنفع للمسلمين من آخر تولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا ﴿الوجه الرابع﴾ أن يكون سعيه فى طلب القضاء تحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعى ولو قيل انه يحرم كان وجهه ظاهر القوله تعالى تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا فى الارض ولا فسادا والعاقبة للمتقين ويكره أيضا اذا كان غنيا عن أخذ الرزق على القضاء وكان مشهورا لا يحتاج ان يشهر نفسه وعلمه بالقضاء ويحتمل ان يلحق هذا بقسم المباح ﴿الوجه الخامس﴾ ان يسعى فى طلب القضاء وهو جاهل ليس له أهلية القضاء أو يسعى فيه وهو من أهل العلم لكنه متلبس بما يوجب فسقه أو كان قصده بالولاية الانتقام من أعدائه أو قبول الرشا من الخصوم وما أشبه ذلك من المقاصد فهذا يحرم عليه السعى فى القضاء

﴿الباب الثالث فى ولاية القضاء وما يستفاد بها من النظر فى الاحكام﴾
﴿وما ليس للقاضى النظر فيه ومراتب الولايات التى تفيد أهلية القضاء أو شيأ منه﴾

(أما ولاية القضاء) فقال القرافى هذه الولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره وقال أيضا فى موضع آخر وليس للقاضى السياسة العامة لا سيما الحاكم الذى لا قدرة له على التنفيذ كالحاكم الضعيف القدرة على الملوك الجبابرة فهو ينشئ الالزام على الملك العظيم ولا يخطر له تنفيذه لتعذر ذلك عليه بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له الا الانشاء وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما فقد يفوض اليه التنفيذ وقد لا يندرج فى ولايته وليس له قسمة الغنائم وتفريق أموال بيت المال على المصالح واقامة الحدود وترتيب الجيوش وقتال البغاة وتوزيع الاقطاعات واقطاع المعادن ونحو ذلك فلا يجوز لاحد الاقدام عليه الا باذن امام الوقت الحاضر اه (واعلم) ان ما ذكره من أن القاضى لا يقيم الحدود فيه نظر والمنقول فى المذهب ان له اقامة الحدود وقد قال ابن عبد السلام فى قول ابن الحاجب ولا يقيم الحدود الا الحاكم قال هذا هو الاصل انه للخلفاء وللقضاة والقتل لا يكون لكل القضاة وبالجملة فان اقامة الحدود لا تكون لكل أحد بل ولا لكل وال لما تؤدى اليه المسارعة الى اقامة الحدود من غيرهم من الفتنة والتهارج وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه نهى الولاة عن القتل الا باذنه وأيضا فانه يلزم على اقامة الحدود أحكام من فسق المحدود وغير ذلك فيجب التحفظ لها بقصرها على بعض الولاة وأما ما ذكره من أن السياسة ليس له فيها مدخل فليس على اطلاقه وقد قال ابن سهل فى أول كتابه ان خطة القضاء أعظم الخطط قدرا وانها اليها المرجع فى الجليل والحقير

فالنحلة جائزة للمنحول له نافذة وان فسخ هذا النكاح قبل البناء لفساده ففى ذلك قولان أحدهما ان النحلة لا تبطل وتعود الى الناحل قاله ابن العطار والثانى انها لا تبطل وهى نافذة جائزة كالطلاق وان كان الفسخ بعد البناء فالنحلة نافذة باتفاق ﴿وسئل﴾ ابن رشد فى امرأة نحلت بنتها فى عقد نكاحها بمال فلما أبرزته قام الزوج يطلبها بميراث الابنة فى أبيها

بلا تحديد وان على القاضي مدار الاحكام واليه النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير وانه يختص بالنظر في الجراحات والتدميات وان القاضي يباشر كل الامور الا أمورا خاصة ذكر ابن سهل بعضها واستوفاها ابن الامين القرطبي في تأليفه فقال وللقاضي النظر في جميع الاشياء الا في قبض الخراج واختلف هل له قبض أموال الصدقات وصرفها في مستحقيها اذا لم يحضر الناظر فقيل ذلك له وقيل لا وهذا مستوفى في الركن الرابع في المقضي فيه فانظره وسيأتي في أول القسم الثالث ما يدل على ان له النظر في كثير من السياسات الشرعية (وأعلم) ان الذي ينبغي ان يعول عليه في ذلك العرف وقد قال الامام العلامة شمس الدين محمد بن قيم الجوزية الحنبلي رحمه الله تعالى اعلم أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الالفاظ والاحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الامكنة وفي بعض الازمنة ما يدخل في ولاية الحرب وقد تكون في بعض الامكنة والازمنة قاصرة على الاحكام الشرعية فقط فيستفاد من ولاية القضاء في كل قطر ما جرت به العادة واقتضاه العرف وهذا هو التحقيق في هذه المسئلة والله سبحانه وتعالى أعلم وقد جمع للقاضي أبي العباس عبد الله بن أحمد بن طالب قاضي أفريقية النظر في القضاء وفي الولاة من الجباية والحدود والقصاص والعزل والولاية

(فصل) أما نواب القضاة في عمل من أعمالهم أو مطلقا فقال القرافي هم مساوون القضاة الاصول من غير زيادة ولا نقصان ولا فرق الا كثرة العمل بالنسبة الى كثرة الاقطار وقلتها وأن الاصل له أن يعزل الفرع بخلاف العكس وهذا فرق لا يزيد في معنى الولاية انتهى وهذا الذي قاله ان كان في النائب المستخلف باذن الامام فسلم والا فالمنقول في كتب المذهب خلاف ذلك ففي وثائق ابن العطار ومعين الحكام والمذهب لابن راشد وغير ذلك أن القاضي اذا استخلف باذن الامام فللمستخلف التسجيل والا فيرفع الى القاضي ما ثبت عنده ويخبره به بمحضر عدلين يثبت بهما عنده اخباره وحينئذ يلزم القاضي أن يمضي فعله ويسجل به للمحكوم له قال ابن العطار ولا يسجل مستخلف القاضي بما ثبت عنده فان فعل لم يجز تسجيله ويبطل ولا يقوم للقائم به حجة الا أن يجيزه القاضي الذي استخلفه قبل أن يعزل أو يموت وهذا يدل على أن القاضي اذا أذن لمستخلفه في التسجيل جاز وهو خلاف ما في معين الحكام وغيره وفي المتيطية ان للقاضي أن يبيح لمن قدمه النظر في أموال الايتام والغائب والتسجيل في سائر الحكومات وله أن يحظر عليهم ذلك فيفعل من ذلك ما رآه باجتهاده فينبغي أن يحمل كلام القرافي على أنه أذن لنائبه في جميع ما تقلده عن الامام

(فصل) وأما ولاية الحسبة فهي تقصر عن القضاء في انشاء كل الاحكام بل له أن يحكم في الرواشن الخارجة بين الدور وبناء المصاطب في الطرق لان ذلك مما يتعلق بالحسبة

اذا كان بيدها او قال لها النحلة عطية وهي غيرها استقر لها ما عندك وقالت المرأة انما أردت بالنحلة ميراثها وغيره هل تعذر المرأة في ذلك بجهل أم لا فاختلف الشيوخ هنا فأفتى بعضهم بالزامها المال لين ولم يعذرها وبعضهم مال الى عذرها في ذلك اذ لا يعرف معنى النحلة الا القليل وحكم القاضي أبو محمد بن منصور فيها بعذرها واحلف المرأة أنها ما أرادت بالنحلة سوى ميراثها وغيره (فأجابها) القاضي أبو الوليد ما حكم به القاضي أبو محمد صحيح عندي وبه أقول فانفذ ذلك موفقا ان شاء الله تعالى (وان) سمى الرجل لوليته في عقد نكاحها شيأ (قلت ما نصه) واعترف فلان ان للزوجة فلانة مالا وملكا جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو شوارا قيمته كذا اعترافا تاما انعقد عليه هذا النكاح وتم بسببه قال ابن رشد وان سمى لها شيأ من ماله عرضا أو أصلا في عقد النكاح بشرط أو بغير شرط فقال لها داري الفلانية أو عبدي الفلاني كان ذلك نحلة من قبله وان قال لها الدار الفلانية أو المملوك المسمى بفلان فقيل يكون ذلك نحلة لها بمنزلة قوله لها داري الفلانية أو عبدي الفلاني وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى واليه ذهب ابن حبيب وقيل لا يجب لها بهذا القول شئ وهو قول أصبغ فان سمى لها دنانير أو دراهم أو طعاما أو عروضا موصوفة فقال لها كذا وكذا وسكت أو قال في مالي أو على أو قبلي أو عندي فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انه لا يلزمه من ذلك شئ وهو قول أصبغ الا أن يرى انه أراد بذلك العطية والثاني ان قال في مالي أو عندي أو على أو قبلي لزمه ذلك نحلة وتؤخذ منه عاش أو مات وان لم يقل الا لها كذا وسكت لم يلزمه الا أن يكون أبا أو وصيا وهو قول ابن حبيب والثالث أنه ان قال لها في مالي كان ذلك في ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال لم يتبع بذلك

وليس له انشاء الاحكام ولا تنفيذها فى عقود الانكحة والمعاملات وفى أحكام ابن سهل وليس للمحتسب أن يحكم فى عيوب الدور وشبهها الا أن يجعل ذلك له فى ولايته ويزيد المحتسب على القاضى بكونه يتعرض لفحص عن المنكرات وان لم تنه اليه وأما القاضى فلا يحكم الا فيما رفع اليه وموضع الحسبة الرهبة وموضع القضاء النصفة

﴿فصل﴾ وأما الولاية الجزئية المستفادة من القضاء كتولى العقود والفسوخ فى الانكحة فقط والمتولى للنظر فيما يتعلق بالايتام فقط فيفوض اليه فى ذلك النقض والابرام على ما يراه من الاوضاع الشرعية فهذه الولاية شعبة من ولاية القضاء فينفذ حكمه فيما فوض اليه ولا ينفذ له حكم فيما عدا ذلك

﴿فصل﴾ وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهى ولاية مستفادة من آحاد الناس وهى شعبة من القضاء متعلقة بالاموال دون الحدود واللعان والقصاص كما هو مشروح فى الفصل الثامن من الركن الاول

﴿فصل﴾ وأما ولاية السعاة وجباة الصدقة فلهم انشاء الحكم فى الاموال الزكوية خاصة فان حكموا فى غير ذلك لم ينفذ لعدم الولاية

﴿فصل﴾ وأما ولاية الخرص فليس لمتوليها انشاء حكم وليس له غير حزر مقادير الثمار وكم يكون مقدارها اذا يبست وفعله فى ذلك بمنزلة الحكم ولذلك اختلفوا لو تبين خطؤه هل يرجع الى ما تبين أو هو حكم مضى قولان

﴿فصل﴾ وأما ولاية الحكمين فهى شعبة من القضاء فى قضية خاصة ينفذ حكمهما فيما فوض اليهما من امر الزوجين على ما هو مبسوط فى محله ولا ينفذ حكمهما فى غير ذلك

﴿فصل﴾ وأما حكم الحكمين فى جزاء الصيد فهى ولاية مستفادة من آحاد الناس ينفذ حكمهما مع اتفاقهما فيما يتعلق بالجزاء فقط

﴿فصل﴾ وأما الولاية على صرف النفقات والفروض المقدرة لمستحقيها وايصال الزكاة لاصنافها وقسمة الغنائم وايصال مال الغائبين اليهم ونحو ذلك مما فيه تنفيذ فقط فاهلها كالقضاة فى التنفيذ لا فى الانشاء

﴿فصل﴾ وأما ولاية القاسم الذى يقيمه القاضى والكاتب والترجمان والمقوم ونحو ذلك فهؤلاء ليس لهم أن ينشؤا حكما ولا أن ينفذوا شيأ

﴿فصل﴾ وأما الولايات التى يندرج القضاء فى ضمنها فهى أنواع ﴿النوع الاول﴾ الامامة الكبرى وأهلية القضاء جزء من أجزائها وكذلك أهلية السياسة العامة فهى صريحة فى تناول ذلك ﴿النوع الثانى﴾ الوزارة قال ابن بشير يجوز التفويض فى جميع الامور للوزير ويختص الامام عنه بثلاثة أشياء لا يعقد الوزير ولاية العهد ويعقدها الامام لمن يريد فيكون اماما للمسلمين بعده كفعل أبى بكر رضى الله تعالى عنه ولا يستعفى من الولاية وللامام الاستعفاء من الامامة ولا يعزل من قلده الامام ويسمى هذا الوزير وزير تفويض وهذا مع

وان قال لها أعطيتنى فهى تحده لا يلزمه اخراج ذلك الا أن يطوع به كان له مال أو لم يكن وان قال لها على أو قبلى فهو لازم له ان كان له مال أو لم يكن يتبع به فى ذمته ان لم يكن له مال وان قال لها كذا وكذا ولم يزد على ذلك لم يلزمه شئ وهو قول ابن القاسم فى رواية يحيى فان تبين كذب الولى فيما لا يلزمه من ذلك فان كان وصفا وصف به الزوجة من غير شرط فقيل لا يكون للزوج فى ذلك كلام اذ تركه ان يستخبر لنفسه ويستوثق وقيل ان ذلك ان كان قبل البناء خير بين ان يحل النكاح عن نفسه ولا يكون عليه شئ من الصداق وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملا وان كان بعد البناء ردت الزوجة الى صداق مثلها وان كان ذلك شرطا شرطه فى عقد نكاحها أو عند مخطبها اليه فان كان ذلك قبل البناء خير الزوج بين أن يفسخ النكاح ولا يلزمه من الصداق شئ وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملا وان كان بعد البناء ردت الزوجة الى صداق المثل ويرجع الزوج بما بين صداق المثل وما سمى لها على الولى الذى غره بكرا كانت الزوجة أو ثيبا الا أن تكون مالكة لنفسها وعلمت هى بذلك فيكون الرجوع عليها وكذلك النحلة اذا استحقت بأن يكون الناحل قد حبسها قبل ذلك أو بغير ذلك الحكم فيها كما تقدم قبل هذا وللزوج الرجوع على من غره وكذلك اذا ادعى الزوج على الولى انه شرط لوليته عروضا أو عطايا سماها أو نحلة نحلها وانكر ذلك الولى فان اليمين تجب على الولى للزوج فان نكل الولى حلف الزوج ورجع عليه بما بين صداق مثلها وجود وما سمى لها وأما ان كانت النحلة للزوج ففى كتاب الاستغناء ان عقدت الزوجة نكاحها مع الزوج على نحلة نحله أبوه بشرط به تم النكاح ثم أراد الزوج الصدقة بها أو الهبة أو ان يصرفها الى أبيه لم يكن للزوجة منعه من ذلك بشرطها ومجانة فلا يمسه

وجود أهلية القضاء وإلا فهو جاهل لا يجوز له القضاء وأما وزير التنفيذ ووزير الاستشارة فليس لهما أهلية الحكم ووزير التنفيذ هو الذي إذا حكم الإمام بشيء نفذه (النوع الثالث) الإمارة وهو على أربعة أقسام (القسم الأول) كالملوك مع الخلفاء في الإمارة على بعض الأقاليم فهذه صريحة في إفادة أهلية القضاء إذا صادفت الولاية أهلها ومحلها من العلم وتشمل أهلية السياسة وتدبير الجيوش وقسم الغنائم وتفريق أموال بيت المال (القسم الثاني) أن يكون الأمير مؤمرا لكنه لم تفوض إليه الحكومة مع الإمارة فلا يجوز له أن يحكم ولا أن يقدم حكاما وحكمه وحكمهم مردود حتى تفوض إليه الحكومة مع الإمرة وإن فوضت إليه الحكومة مضى حكمه وحكم مقدمه قاله مطرف في مختصر الواضحة وقال ابن أبي زمنين في هذا الأصل تنازع فقد روى ابن القاسم عن مالك إجازة قضاء ولاة المياه إلا في جور بين ولم يجز حكمهم حتى يفوض إليهم الحكم مع الإمرة ليسأل مالك عنهم هل فوض إليهم الحكم أم لا ولم يجب بجواز حكمهم قبل السؤال عنهم واحتج ابن القاسم أيضا لجواز ذلك بقول مالك في جواز حكم المحكم قال ابن أبي زمنين ولبعض مشايخنا فيما يحل به بعض القواد أنه جائز ورد ذلك بعضهم حتى يجعل إليه مع القيادة والجباية القضاء وإن لم يكن ثم معه قاض في الموضع جاز حكمه لما الناس في ذلك من الرفق والانتصاف إذا حكم بعد اجتهاده ومشورة أهل العلم قاله ابن هشام في مفيد الحكام (القسم الثالث) الإمارة الخاصة على تدبير الجيوش وسياسة الرعية دون تولية القضاء فهذه الولاية مقتضى مذهب مالك أن القضاء مندرج فيها لقول مالك رحمه الله تعالى لا ينقض ما حكم به ولاة المياه قال القاضي عياض هم الولاة الذين فوض إليهم أمر المياه وهم مقيمون عندها ولا شك أن أمراء الجيش أعظم منهم فتنفيذ حكمهم من باب أولى وفيه خلاف بين العلماء (القسم الرابع) ولاية النظر في المظالم وله من النظر ما للقضاة وهو أوسع منهم مجالا ويريد بشرط العلم قاله القرافي في كتاب الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وبعض ذلك منقول من مفيد الحكام

(الباب الرابع في الألفاظ التي تنعقد بها الولايات وما يشترط في تمام الولاية)
(وما تفسد الولاية باشتراطه)

(قال) الشيخ أبو إسحق إبراهيم بن يحيى بن الأمين القرطبي رحمه الله تعالى الألفاظ التي تنعقد بها الولايات صريح وكناية فالصريح أربعة ألفاظ وهي وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك والكناية ثمانية ألفاظ وهي اعتمدت عليك وعولت عليك ورددت إليك وجعلت إليك وفوضت إليك ووكلت إليك وأسندت إليك قال غيره وعهدت إليك وتحتاج الكناية إلى أن يقترن بها ما ينفي عنها الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك

(فصل) قال المازري في شرح التلقين القضاء ينعقد بأحد وجهين أحدهما عقد أمير

وفقره إلا أن يكون لها عليه دين من مهر أو غيره وإن عجز عن النفقة كما ذكرت الزوجة طلق عليه بعد التلوم قال المازري وإذا دفع الزوج للزوجة في صداقها يسارها ولا بها تسوق إلى بيته من الجهاز ما جرت عادت أمثالها به وجاء الأمر بخلافه أن للزوج مقالا في ذلك ويحط من الصداق الزيادة التي زادها لأجل الجهاز على الأصح عندنا وهو دليل ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها وقال غيره إن ساق الزوج لزوجته سياقة وجرى عرف البلد بإبراز شورة لمن ساق سياقة ثم لم يبرز إليه عند البناء شيء كان للزوج أن يحل النكاح عن نفسه إن أ* وأجاب ابن رشد في نحو هذا إذا أبى الأب أن يجهز ابنته إلى زوجها بما جرى العرف والعادة أن يجهز به مثلها إلى مثله على ما نقدها وساق إليها كان بالخيار بين أن يلتزم النكاح أو يرده عن نفسه ويسترد ما نقد ويسقط عنه ما كالى وساق وأما إن توفيت قبل البناء وأبى الأب أن يبرز لها من ماله ما يكون ميراثا عنها على القدر الذي يجهز به مثلها إلى مثله فلا يلزم الزوج الإصداق مثلها على أن لا يكون جهازها إلا نقدها قال وكذلك إن كانت حية وكان الزوج قد ساق لها سياقة وأعطاها حقوقا وجهزها الوالد بما يجهز به مثلها إلى مثله ثم ادعى في ذلك العارية وأراد أخذه فليس للأب أن يسترد ما أبرزها به إلى زوجها من الحلي والثياب ولا يصدق فيما ادعاه من أنه إنما أبرز ذلك إليها على سبيل العارية منه لها والله التوفيق (فصل في الشروط) وهي محمولة أبدا في النكاح على الطوع حتى يثبت خلافه قاله ابن العطار وقيل هي محمولة على الشرط حكاه ابن فتحون قال وهو الصواب قياسا على البيع وكره مالك رحمه الله تعالى الشروط في النكاح وإن ينهد في كتاب فيه شروط إلا أنه قال إذا نزل النكاح بها جاز ولم يفسخ

ومن أهل العلم من قال أن النكاح بها يفسخ على كل حال قال القاضي أبو الوليد بن رشد الشروط في النكاح على مذهب مالك تنقسم على قسمين قسم لا يفسد به النكاح وقسم يفسد به النكاح فأما الذي يفسد به النكاح فمثل ان يتزوجها على أن لا ميراث بينهما أو على أن الطلاق بيدها أو على ١٦ أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك مما هو مناف لمقصود العقد ومخالف سنته فالنكاح بها فاسد يفسخ على كل حال وأما ما لا يفسد بها النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك فلا يخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة فان كانت مطلقة غير مقيدة استحب للزوج الوفاء بها لقوله عليه الصلاة والسلام أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج ولم يلزمه وذهبت جماعة من العلماء الى أنها واجبة ويقضى بها كابن شهاب وغيره روى عنه أنه قال كان من أدركت من العلماء يقضون بها للحديث المذكور وان كانت مقيدة بتمليك أو طلاق أو عتق فهي لازمة والنكاح جائز وقيل ان النكاح فاسد ويفسخ بها قبل الدخول ويثبت بعده ويكون للمرأة صداق مثلها وهو قول سحنون وللخروج من هذا الخلاف يعقد في الصداقات على الطوع فتقول بعد ذلك بعد الاستثمار مانصه والتزم الزوج لزوجته المذكورة شروطا طاع لها بها بعد أن ملك عصمتها وكمل عقد النكاح بينهما استئلافا لمسرتها وتتميما لمودتها وهي أن لا يتزوج

المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل هذا والثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الامام في ذلك ولا أن يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الامام الاعظم أو نيابة عن من جعل الامام له ذلك للضرورة الداعية الى ذلك

(فصل) قال المازري اذا ولى الامام رجلا للقضاء فانه يفتقر في صحة ولايته ونفوذ أحكامه الى ثبوتها وثبوتها يقع بأحد وجهين أحدهما الشهادة على الامام مشافهة بذلك منه لهم انه ولاه على كذا فلا خلاف في ثبوت ولايته الثاني الاستفاضة وانتشار الخبر بأنه قد ولاه وهذا فيه خلاف بين العلماء قال والاصح قبول شهادة الاستفاضة في تولية القضاء اذا انتشر ذلك عن الامام وتواتر تواترا يعلم منه ومن قرائن الاحوال علما ضروريا ان الامام قد ولاه ومنع بعضهم ثبوت توليته بكتاب يقرأ عن الامام الا أن يكون الشهود ينظرون فيما يقرأه القارئ لجواز أن يكون يقرأ ما ليس هو مكتوبا ومذهب مالك رحمه الله تعالى هو القول الاول وذلك مذكور فيما تجوز فيه الشهادة بالاستفاضة وسيأتي

(فصل) واختلف في قبول ولاية القضاء من الامير غير العدل ففي رياض النفوس في طبقات علماء افريقية لابي محمد عبد الله بن محمد المالكي قال قال سحنون اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضي أفريقية وهما من رواة مالك رحمه الله تعالى قال ابن فروخ لا ينبغي للقاضي اذا ولاه أمير غير عدل أن يلي القضاء وقال ابن غانم يجوز أن يلي وان كان الامير غير عدل فكتبا بها الى مالك فقال مالك أصاب الفارسي يعني ابن فروخ وأخطأ الذي يزعم أنه عربي يعني ابن غانم

(فصل) اذا كان القاضي المولى غائبا وقت الولاية فانه يجوز أن يكون قبوله على التراخي عند بلوغ التقليد اليه وعلامة القبول شروعه في العمل وبهذا جرى عمل الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم الى وقتنا هذا

(فصل) قال ابن الامين ولا تتم الولاية الا بثلاثة شروط الاول معرفة المولى للمولى انه على الصفة التي يجوز أن يولى معها فان جهل ذلك لم يصح تقليده فان عرف ذلك بعد التقليد استأنف الولاية الثاني ذكر ما تضمنه التقليد من ولاية القضاء والامارة والجباية ليعلم على أي نظر عقدت له فان جهل ذلك فسدت الثالث ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليتميز عن غيره

(فصل) قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي رضي الله تعالى عنه في مقدمة كتابه المسمى تعليقة الخلاف في القاضي يوليه الامام القضاء ويشترط عليه ان لا يحكم الا بمذهب امام معين مثل ان يكون مالكيا أو شافعيا أو حنفيا أو حنبليا فيقول له قد وليتك القضاء على ان لا تحكم الا بمذهب مالك مثلا وسواء وافق مذهب السلطان الذي ولاه أو لا فهذا على ضربين أحدهما ان يشترط ذلك عموما في جميع الاحكام فالعقد باطل والشرط باطل

عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد * وان شئت قلت وطاع الزوج لزوجته المذكورة بعد كمال هذا العقد سواء وتمامه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد ومتى فعل شيأ من ذلك فقد جعل أمر الداخلة بيد هذه تطلقها عليه بأي الطلاق شاءت أو فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملكة والسرية وأم الولد حرتان لله تعالى وان شئت قلت

سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدمه ثم وقع العقد وقال أهل العراق تصح الولاية ويبطل الشرط دليلنا ان هذا شرط ينافى مقتضى العقد فان العقد يقتضى ان يحكم بالحق عنده وهذا الشرط قد حجره عليه واقتضى ان يحكم بمذهب امامه وان بان له الحق فى سواه والضرب الثانى ان يكون الشرط خاصا فى حكم بعينه ولا يخلو الشرط ان يكون أمرا أو نهيا فان كان أمرا مثل ان يقول وليتك على أن تقيد من الحر بالعبد ومن المسلم بالكافر قال ابن أبى جمرة أو يشترط عليه ان يقتص فى القتل بغير الجديد وما يشبه كل هذا فانه يفسد العقد والشرط فان كان نهيا فهو على ضربين أحدهما ان ينهاه عن الحكم فى قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ولا يقضى فيه بوجوب قود ولا باسقاطه فهو جائز لأنه اقتصر بولايته على ما عداه وأخرجه من نظره الثانى ان لا ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء فى القصاص فيصح العقد ويخرج المستثنى عن ولايته فلا يحكم فيه بشئ ومن الفقهاء من يقول تثبت ولايته عموما ويحكم فيه بما نهاه عنه بمقتضى اجتهاده كل هذا اذا كان شرطا فى الولاية فأما لو أخرجه مخرج الامر والنهى فقال قد وليتك القضاء فاحكم بمذهب مالك ولا تحكم بمذهب أبى حنيفة فالولاية صحيحة والشرط باطل سواء تضمن أمرا أو نهيا ويجب أن يحكم بما أداه اليه اجتهاده سواء وافق شرطه أو خالفه فأما لو ذكره بالامر فقال قد وليتك لتحكم بمذهب مالك هذا لفظ حكى الماوردى من الشافعية ان الولاية صحيحة والشرط باطل (واعلم) أن جميع ما ذكرناه من التقليدات لا يجوز للامام اشتراطها عليه وتكون قادحة فى الولاية لانه اشترط ما لا يجوز قال ابن أبى جمرة فى اقليد التقليد ومن كان لا يقضى الا بما أمره به من ولاه فليس بقاض على الحقيقة وانما هو بصفة خادم رسالة ولا يحل له القضاء فى غير ما أمره به الا بعد أن يستطلع ما عند الذى ولاه فى ذلك ﴿تنبيه﴾ كلام الشيخ أبى بكر فى القاضى المجتهد ولم يتعرض للقاضى المقلد كما فى زماننا وسيأتى الكلام على ذلك فى الركن الثانى من أركان القضاء ﴿مسئلة﴾ وفى الجواهر ولا يصح عقد الولاية لحاكمين معا على أن يجتمعا ويتفقا على الحكم فى كل قضية فان شرط ذلك لم تصح ولايته

﴿الباب الخامس فى أركان القضاء﴾

وهى ستة القاضى والمقضى به والمقضى له والمقضى فيه والمقضى عليه وكيفية القضاء ﴿الركن الاول﴾ فى شروط القضاء وآداب القاضى واستخلافه وذكر التحكيم ويشتمل على ثمانية فصول

﴿الفصل الاول﴾ فى الاوصاف المشترطة فى صحة ولاية القاضى وما هو غير شرط فى الصحة لكن عدمها يوجب العزل وما هو من شروط الكمال ويستحب العزل بعدمها * واذا أراد الامام تولية أحد اجتهد فى ذلك لنفسه وللمسلمين ولا يحابى ولا يقصد بالتولية الا وجه الله تعالى فقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه انه قال ما من أمير أمر أميرا أو استقضى قاضيا محاباة الا كان عليه نصف ما اكتسب من الاثم وان استقضاه نصيحة

فى السرية فقد جعل أمرها بيدها ان شاءت اعتقتها وان شاءت باعت وان لا يغيب عليها غيبة متصلة قريبة أو بعيدة طائعا أو مكرها أكثر من كذا فان زاد على ذلك فقد جعل أمرها بيدها ولا يضر بها فى نفسها ولا فى شئ من مالها فان أضر بها فى شئ من ذلك فقد جعل أمرها بيدها وان لا يرحلها من موضع كذا الى غيره الا باذنها فان رحلها مكرهة فامرها بيدها وان لا يمنعها من زيارة أهلها من النساء وذوى المحارم من الرجال ولا يمنعهم من زيارتها فيما يحسن ويجمل من التزاور بين الاهلين والقرابات فان فعل شيأ من ذلك فامرها بيدها فاما شرط التزوج والتسرى فنص ابن فتحون على أنه ان سقط من العقد لفظ عليها أو معها فى قوله ولا يتزوج عليها ولا يتسرى معها فانه لا يلزمه شئ ويكون كمن عم فقال كل امرأة أتزوجها طالق وكذلك ان قال فان فعل ذلك وأسقط شيأ يدخله الخلاف فقد افتى فيها ابن العطار أنه ان فعل بعض ذلك لم يلزمه حتى يفعل ذلك كله وقال غيره لها القيام وان لم يفعل شيأ وبهذا كان يفتى ابن لبابة وغيره فان تزوج عليها ثم طلقها فهل يسقط ما كان بيدها من طلاق الداخلة عليها أم لا فى ذلك قولان أحدهما ان ذلك بيدها وهو قول ابن القاسم والثانى ان ذلك ليس لها بعد الطلاق وهو قول ابن الماجشون فى الثانية وان كان فيا شرطا ان الداخلة عليها طالق فتزوج امرأة فطلقت عليه ثم تزوجها ثانية بعد انقضاء عدتها فان اليمين تتكرر عليه ويلزمه الطلاق فيها كلما تزوج عليها واختلف قول ابن القاسم ان كانت امرأة معينة مثل أن يقول ان تزوجت عليك فلانة هل تتكرر عليه اليمين ام لا قاله ابن رشد وفى الوثائق المجموعة وان شرط لامرأته أن لا يتزوج عليها فان تزوج فأمر المتزوجة بيدها فتزوج عليها فمكثت شهرا

وأقل من ذلك لا يقضي شيئاً فان كانت قد أشهدت ان ذلك بيدها تنظر فيه كانت على شرطها ما لم يدخل بها فان دخل بها ولم تشهد ان ذلك بيدها بطل شرطها الا ان تدعى انها لم تعلم بنكاحه فالقول قولها حتى يثبت الزوج أنها علمت وان كان في الشرط ان الداخلة عليها طالق ١٨ بالثلاث فتزوج عليها ثم مات فقال عيسى عن ابن القاسم ترثه الداخلة عليها علمها الشهود أم لم يعلموا وقال سحنون لا ترثه لانها طلقت عليه حين العقد قال في الاستغناء فان جعل أمر زوجه بيدها ان تزوج عليها فتزوج عليها ولم تعلم هي بذلك حتى ماتت الداخلة أو طلقها فان لها أن تقضي في نفسها لان ذلك حق قد وجب لها بتزويجه عليها فلا يسقطه طلاق الداخلة عليها ولا موتها فان شرط أبو الزوجة على صهره أن لا يتزوج عليها فان فعل فامرها بيد أبيها ففعل ذلك الزوج وأراد الاب أن يفرق وأرادت البنت البقاء فالاختيار في ذلك للاب الا أن يرى السلطان في ذلك ان الفراق ليس بنظر للبنت فيمنعه وينظر في ذلك فان كان الزوج جعل ذلك بيد أبيها من غير ان اشترط ذلك عليه الوالد فان القول في ذلك قول البنت ويمنع أبوها من الفراق وان أحبت هي البقاء بخلاف الاول لانه حق الاب لا يخرج من يده الا بنظر السلطان والتسري هو الوطء وقال ابن كنانة وابن نافع التسري هو الاتخاذ فمن وطئ جارية لا يريد اتخاذها فلا شئ عليه (وروى) يحيى عن ابن القاسم أنه لا بأس أن يقبل ويباشر ويتلذذ بالجارية فان زنى بامرأة فلها ان تأخذ بشرطها لانها انما شرطت عليه أن لا يجامع على معها امرأة سرا فان تزوج عليها وقد اشترطت عليه التسري فلا يمنع من ذلك وما جعل لها من البيع في السرية غير لازم لانها بمنزلة الوكيل يعزلها عن ذلك متى شاء وقيل ليس له عزلها وكذلك ان قال لها ان تدبرها عليه أو صدقة ان فعل امر

للمسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شئ مما عمل من معصية الله تعالى * وليختر رجلا من أهل الدين والفضل والورع والعلم كما فعل أبو بكر في استخلافه عمر رضي الله عنهما قال القاضي عياض رحمه الله تعالى في التنبيهات وشروط القضاء التي لا يتم القضاء الا بها ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها الا معها عشرة الاسلام والعقل والذكورية والحرية والبلوغ والعدالة والعلم وكونه واحدا وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم وسلامة اللسان من البكم فالثمانية الاول هي المشترطة في صحة الولاية والثلاثة الاخر ليست بشرط في الصحة لكن عدمها يوجب العزل فلا تصح من الكافر اتفاقا ولا من المجنون قال القاضي أبو بكر ولا يكتفي بالعقل المشترط في التكليف بل لا بد ان يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا من السهو والغلط ولا تصح من المرأة لنقصها ولان كلامها ربما كان فتنة وبعض النساء تكون صورتها فتنة * وأما الحرية فلان ولاية العبد لا تصح وكذا من فيه بقية رق قال سحنون ولا المعتق خوفا من ان تستحق رقبته فتذهب أحكام الناس باطلا وأما البلوغ فلان ولاية الصبي لا تصح لنقصان تمييزه وأما العدالة فلانه لا تصح ولاية غير العدل قال سحنون من لا تجوز شهادته لا تصح ولايته وقال أيضا تصح ويجب عزله قال القاضي عياض وفي الفاسق خلاف بين أصحابنا هل يرد ما حكم فيه وان وافق الحق وهو الصحيح أو يمضي اذا وافق الحق ووجه الحكم * وأما العلم فلانه لا تصح ولاية الجاهل قال ابن شاس ولا المقلد الا عند الضرورة قال القاضي أبو بكر فيقضي بفتوى مقلده بنص النازلة فان قاس على قوله أو قال يجيء من هذا كذا فهو متعد وقال القرافي الحاكم ان كان مجتهدا فلا يجوز له ان يحكم ويفتي الا بالراجح عنده وان كان مقلدا جاز له أن يحكم بالمشهور من مذهبه وان يفتي به وان لم يكن راجحا عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به امامه الذي يقلده كما يقلده في الفتيا وأما اتباع الهوى في الحكم والفتيا فحرام اجماعا قال ابن شاس ولا تصح تولية مقلد في موضع يوجد فيه عالم فان تقلد فهو جائر متعد لانه قعد في مقعد غيره ولبس خلعة سواه من غير استحقاق وقال ابن عبد السلام ولا ينبغي ان يولى في زماننا هذا من المقلدين من ليس له قدرة على الترجيح بين الاقوال فان ذلك غير معدوم وان كان قليلا (وأما) رتبة الاجتهاد فانها في المغرب معدومة قال المازري في اشتراط كون القاضي نظارا هذه المسائل تكلم عليها العلماء الماضون لما كان العلم في اعصارهم كثيرا منتشرا وشغل أكثر أهله بالاستنباط والمناظرة على المذاهب وأما عصرنا هذا فانه لا يوجد في الاقاليم الواسع العظيم مفت نظار قد حصل آلة الاجتهاد واستبحر في أصول الفقه ومعرفة اللسان والسنن والاطلاع على ما في القرآن من الاحكام والاقتدار على تأويل ما يجب تأويله وبناء ما تعارض بعضه على بعض وترجيح ظاهر على ظاهر ومعرفة الاقيسة وحدودها وأنواعها وطرق استخراجها وترجيح العلل والاقيسة بعضها على بعض هذا الامر زماننا عار منه في اقليم المغرب كله فضلا عمن يكون قاضيا

على هذه الصفة فالمنع من ولاية المقلد القضاء في هذا الزمان تعطيل للاحكام وايقاع للهرج والفتن والنزاع وهذا لا سبيل اليه في الشرع ولكن تختلف أحوال المقلدين فربما ولي ولاة الامر عاميا بالغناء عما في أيدي الناس وتحليه باسم العدالة وسمت الوقار ولكنه ليس معه من التخصيص ومجالسة العلماء ومطالبة ما يخرجه عن أهل الغباوة والجهل ويلحقه بطبقة من يفهم ما تقول الخصوم بين يديه فهذا لا ينبغي أن يولى قضاء ولا يوثق به فيه انتهى * وكانت وفاة المازري سنة ست وثلاثين وخمسمائة رحمه الله تعالى وحكى ابن راشد عن بعضهم انه أجاز تولية الجاهل ورأى كونه عالما مستحبا لا شرطا في الصحة ولا موجبا للعزل وهو قول شاذ بعيد من الصواب والقاضي أحوج الناس الى العلم قال ابن راشد ولا يقال انه يستشير أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه لانا نقول هو مأمور بأن يستشير وان كان فقيها فاذا اختلفوا عليه اجتهد في اختلافهم وتوخى أحسن أقاويلهم فاذا كان جاهلا التبس الامر عليه ولم يعلم بماذا يأخذ وبما ولي الجاهل بلدا لا فقهاء فيه فيحكم بهواه كما هو الغالب على بلادنا وزماننا فقد ذهب العلم وكثر الجهل وقدمت الجهال واطرحت العلماء فانا لله وانا اليه راجعون {وأما} سلامة السمع والبصر فان القاضي عياضا حكى فيه الاجماع من العلماء مالك وغيره وهو المعروف الا ما حكاه الماوردي عن مالك انه يجوز قضاء الاعمى وذلك غير معروف ولا يصح عند مالك ولانه لا يتأتى قضاء ولا ضبط ولا تمييز محق من مبطل ولا تعيين طالب من مطلوب ولا شاهد من مشهود عليه من الاعمى وفي وثائق ابن القاسم الجزيري ان السمع والبصر شرط في الصحة كما قاله القاضي عياض وقال ابن شاس في شروط القضاء القسم الثاني ما يقتضي عدمه الفسخ وان لم يشترط في الصحة وذلك كاشتراط كونه سميعا بصيرا متكلما فعدم بعض هذه يقتضي ان يفسخ العقد سواء تقدمت أضدادها عليه أو طرأت بعده وينفذ ما مضى من أحكامه الى حين العزل وان كانت موجودة من حين الحكم فقال ابن راشد ولاية من فقد السمع والبصر منعقدة لكن يجب عزله وسواء تقدمت هذه الاوصاف أو طرأت وينفذ ما مضى من أحكامه قال القاضي عياض وكذا اشتراط السمع والكلام لم يختلف فيهما العلماء ابتداء لانه يتعذر عليهما الفهم والافهام غالبا واختلف العلماء اذا طرأت عليه هاتان الآفتان يعني فقد السمع والكلام بعد العقد هل يبطل به العقد ويعزل أم لا وبعد تأتي القضاء مع اجتماع هاتين الآفتين وقلما يوجد أبكم الا وهو أصم (وأما) كونه واحدا فلا يصح تقديم اثنين على ان يقضيا معا في قضية واحدة لاختلاف الاغراض وتعذر الاتفاق وبطلان الاحكام لذلك وقد تقدم هذا قال القاضي عياض وبعض هذه الشروط اذا عدمت فمن قلد القضاء بجهل أو غرض فاسد ثم صدر منه حكم فانه لا يصح ويرد وهي الشروط الخمسة الاول أعني الاسلام والبلوغ والعقل والذكورية والحرية وأما الخمسة الاخر فينفذ من أحكام من عدمت فيه ما وافق الحق الا الجاهل الذي حكم برأيه وفي الفاسق خلاف تقدم {وشروط

بالصدقة ولم يقض عليه بها أو أما شرط المغيب فجرت العادة بتحديده لستة أشهر لما روى من ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه سأل ابنته حفصة عن أقصى ما تصبر المرأة فيه عن زوجها فقالت له ستة أشهر فكان لا يبعث البعث الا لستة أشهر فدون ذلك نظرا لاهل البعوث ونسائهم وقولنا فيه قريبة أو بعيدة ليكون لها الاخذ بشرطها على كل حال فان سقط ذلك لم يكن لها الاخذ بشرطها في القرب ويكتب له السلطان اما ان يقدم أو يقضي عليه والقريبة هي ان يكون على نحو البريد أو اليوم أو اليومين قال ابن مغيث وان كان عمله في عمل سلطان آخر فحكمه حكم البعيد ولها الاخذ بشرطها وان كان على نحو البريد وقولنا طائعا أو مكرها ليرتفع الخلاف بذلك ويكون لها الاخذ بشرطها على كل حال اذ قال بعض العلماء انه ان غاب مكرها لم يكن لها الاخذ بشرطها الا أن تشترط ذلك (ويكتب) في ذلك اذا ذهبت المرأة الى الاخذ بشرطها عقد بعرف شهوده الزوجين فلانا وفلانة ويعلمون أن الزوج فلانا غاب عن زوجته فلانة المذكورة بحيث لا يعلم أو بموضع كذا منذ كذا غيبة متصلة حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا فاذا ثبت هذا وثبت كتاب الصداق المقيد فيه الشرط يكتب بأسفله رسم اليمين ونصه حلفت باذن من وجب فلانة الزوجة المذكورة أعلاه بحيث يجب وكما يجب يمينا قالت فيها بالله الذي لا اله الا هو لقد غاب عني زوجي فلان الغيبة المشهود بها أعلاه وما رجع من غيبته سرا ولا جهرا ولا أذنت له في سفره ولا أسقطت عنه حكم ما شرط لي من المغيب ولا سقط لي بوجه ولا كان سكوتي بعد انقضاء مدة المغيب وتلومي اسقاطا لحق في ذلك ومن حضر اليمين واستوعبها من الحالفة وعرفها وبحال الصحة والجواز قيد على ذلك شهادته في كذا وأشهدته الحالفة بعد تمام يمينها وانها أوقعت على نفسها

الـكمال عشرة) خمسة أوصاف يقتضى عنها وخمسة لا ينفك منها (فالاولى) أن يكون غير محدود وغير مطعون عليه فى نسبه بولادة اللعان أو الزنا فان استقضى ولد الزنا فلا يحكم فى الزنا من المقنع وان يكون غير فقير وغير أمى والمنصوص للمتأخرين انه لا نص فى المذهب اذا كان لا يكتب وقالوا الظاهر أنه من شروط الكمال وفى الطرر لابى عمر بن عات فى آخر الجزء الثالث فى الكلام على شروط القضاء واختلف فى الامى فقيل انه لا يجوز له ان يتولى القضاء وقيل ان ذلك جائز ولا يلزمه قراءة العقود والمقالات وله ان يستنيب فى ذلك غيره ونسبه الى ابن رشد فى شرحه لجامع العتبية والشرط الخامس ان يكون غير مستضعف (والخمسة الثانية) ان يكون فطنا نزها مهيبا حليما مستشيرا لاهل العلم والرأى وزاد بعضهم سليما من بطانة السوء لا يبالى فى الله لومة لائم ورعا بلديا غير زائد فى الدهاء لانه اذا وصف بذلك كان الناس منه فى حذر وهو من نفسه فى تعب وقد أطال الناس فى صفة من يصلح للقضاء قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى وجمهور المقلدين فى هذا الزمان لا تجد عندهم من آثار الصحابة والتابعين كبير شئ وانما محفظهم مذهب امامهم قال بعضهم ومن صفته ان يكون غير مستكبر عن مشورة من معه من أهل العلم ورعا ذكيا فطنا متأنيا غير عجول نزها عما فى أيدى الناس عاقلا مرضى الاحوال موثقا باحتياطه فى نظره لنفسه فى دينه وفيما حمل من أمر من ولى النظر لهم غير مخدوع وقورا مهيبا عبوسا من غير غضب متواضعا من غير ضعف حاكما بشهادة العدول لا يطلع الناس منه على عورة ولا يخشى فى الله لومة لائم ولا ينبغى ان يكون صاحب حديث لا فقه عنده أو صاحب فقه لا حديث عنده عالما بالفقه والآثار وبوجه الفقه الذى يؤخذ منه الحكم قال سحنون فى كتاب ابنه واذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من فى البلاد وأرضاهم استحق القضاء ولكن لا ينبغى ان يجلس حتى يغنى ويقضى دينه وقال المازرى وهذا من المصلحة لانه ربما دعاه فقره الى استمالة الاغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالاكبار اذا تخاصموا مع الفقراء فاذا كان غنيا بعد عن ذلك وقال عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه من راقب الله تعالى وكانت عقوبته أخوف فى نفسه من الناس وهبه الله السلامة قال القاضى عبد الوهاب وينبغى للقاضى ان يكون متيقظا كثير التحرز من الحيل وما يتم مثله على المغفل والناقص والمتهاون وان يكون عالما بالشروط وبما لابد منه من العربية واختلاف معانى العبارات فان الاحكام تختلف باختلاف العبارات فى الدعاوى والاقرار والشهادات وغير ذلك ولان كتاب الشروط هو الذى يتضمن حقوق المحكوم له وعليه والشهادة تسمع بما فيه فقد يكون العقد واقعا على وجه يصح أو لا يصح فيجب ان يكون فيه علم بتفصيل ذلك وبجملة وينبغى ان يكون غير زائد فى الدهاء وذلك أمر زائد على الفطنة وانما نهى عن ذلك لان ذلك يحمله على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والايمان وقد فسد الزمان وأهله واستحال الحال وقد قال مالك رضى الله تعالى عنه لا أرى خصال القضاء اليوم تجتمع فى

طلقة واحدة ملكتيه الأمر نفسها بما جعل لها زوجها المذكور فى كتاب صداقها المقيد هذا فيه فى التاريخ فان كتبت فى الوثيقة التى فيها الشرط ولها التلوم عليه ما أحبت كان لها ذلك فى المغيب خاصة وقضى لها به ولا يتصور ذلك فى غيره من الشروط ولا يجوز لان المرأة اذا وطئت ٢٠ بطل شرطها فى الضرر وغيره الا أن تقوم بضرر آخر أو أمر آخر قاله فى كتاب الاستغناء (قال) ابن رشد واذا كان التمليك للمرأة على شرط ففيه ثلاثة أقوال أحدها ان لها أن تقضى وان طال الامر ما لم يرفع الى السلطان ويوقف وهو قول ابن المواز والثانى انها انما تقضى المجلس الذى وجب لها فيه القضاء فان انقضى المجلس ولم تقض فلا قضاء لها وهو قول أشهب وابن وهب وقول ابن القاسم فى سماع عيسى والثالث ان لها ان تقضى فى المغيب فى الشهر والشهرين وفى الحضور يكون لها القضاء وان طال الامر ما لم توقف لان امتناعها منه دليل على انها على اختيارها بخلاف الغيبة اذ لا دليل فيها على انها على اختيارها فان زادت على الشهرين فى المغيب سقط خيارها الا أن تشهد ان ذلك بيدها تنظر فيه وان طال الامر فذلك لها قال والقول بأن ذلك لها فى الشهر والشهرين هو قول مالك لم يختلف فى ذلك قوله الا فى ايجاب اليمين عليها أنها انما أقامت منتظرة ولم تترك حقها فأوجب ذلك عليها مرة ولم يجبها أخرى والقول بأن ذلك لها فى غير المغيب وان طال الامر ما لم توقف هو المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك رحمه الله تعالى وسئل رحمه الله تعالى فيمن شرط لزوجته أن لا يغيب عنها مدة فان زاد فأمرها بيدها ولها التلوم عليه ما أحبت فغاب وتلومت عليه بعد انقضاء المدة ثم قدم فمنعته من الدخول وأرادت الاخذ بشرطها فأجاب بما ذهب اليه الشيوخ من أن لها ان تأخذ بشرطها فى ذلك اذا قدم من مغيبه وليس بصحيح لانه اذا قدم

واحد فان اجتمع فيها خصلتان ولى القضاء وهما العلم والورع قال ابن حبيب فان لم يكن فالعقل والورع فانه بالعقل يسأل وبالورع يعف وهذا قول مالك فى أهل زمانه فما ظنك بزماننا قال المازرى هذا من ابن حبيب تسهيل فى ولاية القاضى المقلد لكنه لم يصرح بجواز هذا مع القدرة على قاض نظار بل أشار الى كون الضرورة تدعو الى ولاية المقلد وهكذا قال أصبغ اذا لم يوجد الا عدل لا علم عنده وعالم لا بأس بحاله ولكن الذى لا علم عنده أعدل منه فان العالم هو الذى يولى فان كان ليس بعدل فيولى العدل الذى ليس بعالم ويؤمر ان يسأل ويستشير وهذا الذى وقع فى المذهب ينبغى ان يحمل على مواقع الضرورة ومسيس الحاجة

(الفصل الثانى) فى الاحكام اللازمة للقاضى فى سيرته والآداب التى لا يسعه تركها وما جرى عمل الحكام بالاخذ به * ونبدأ بذكر رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه المعروفة برسالة القضاء قال ابن سهل وهذه الرسالة أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعانى الاحكام وعليها احتذى قضاة الاسلام وقد ذكرها كثير من العلماء وصدروا بها كتبهم منهم عبد الملك بن حبيب (وهى) بسم الله الرحمن الرحيم من عمر أمير المؤمنين الى أبى موسى الاشعرى سلام الله عليك انى أحمد الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلى اليك وأنفذ اذا تبين لك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وآس بين الناس فى مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف فى حيفك البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا لا يمنعك قضاء قضيته بالامس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعته خير من الباطل والتمادى فيه الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما لم يبلغك فى الكتاب والسنة أعرف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك واعمد الى أحب الامور الى الله تعالى وأشبهها بالحق فيما ترى واجعل للمدعى حقا غائبا أو بينة أجلا ينتهى اليه فان أحضر بينة أخذ بحقه والا وجهت عليه القضاء فان ذلك أجلى للعمى وأبلغ فى العذر والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى حد أو مجربا عليه شهادة الزور أو ظنينا فى ولاء أو نسب فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم البينات والايمان واياك والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر للخصوم فى مواطن الحق التى يوجب الله بها الاجر ويحسن بها الذخر فانه من يصلح بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين للناس بغير ما يعلم الله منه شانه الله فما ظنك بثواب الله تعالى فى عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام (تنبيه) قال ابن سهل وقول عمر رضى الله عنه فى هذه الرسالة المؤمنون عدول بعضهم على بعض رجع عمر عن ذلك بما رواه مالك فى الموطأ قال ربيعة قدم رجل من أهل العراق على عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال قد جئتك بأمر

ارتفعت العلة التى من أجلها وجب لها أن يكون أمرها بيدها ولا تشبه هذه المسئلة مسئلة سماع أصبغ فى نوازله اذا أماتت المرأة التى تزوج عليها أو فارقها قبل ان تعلم فلها أن تأخذ بشرطها الآن القضاء قد وجب لها فى مسئلة أصبغ بالتزوج عليها ولم يجب لها القضاء فى هذه المسئلة لانقضاء الاجل الا مع اتصال المغيب وانما تشبه هذه المسئلة مسئلة الامة تعتق تحت العبد فلا تختار نفسها حتى يعتق العبد زوجها وقد قالوا فيها لا خيار لها اذا أعتق زوجها قبل ان تختار كما لا يجب لها خيار اذا عتق زوجها قبل ان تختار لذهاب العلة الموجبة لاختيارها لنفسها وهى رق الزوج وكذلك لا يجب للزوجة قضاء اذا قدم زوجها قبل ان تقضى لذهاب العلة الموجبة لقضائها فى نفسها وهى اتصال مغيب الزوج عنها وهو نص قول ابن نافع فى المدونة انه لا قضاء لها اذا قدم زوجها قبل ان تأخذ بشرطها فلا يلتفت الى ما ذهب اليه الباجى فى وثائقه ومن سواه من المتأخرين لمخالفة أصول المتقدمين على ما بيناه قال ابن المواز ومن شرط لامرأته أنه ان غاب عنها سنة أو تزوج عليها فأمرها بيدها فغاب عنها سنة بعد ان دخل بها أو تزوج عليها فطلقت نفسها ثم قدم فى العدة فارتجعها ثم غاب عنها سنة أو تزوج عليها لم يكن لها ان تطلق نفسها ثانية وهى بمنزلة لو شرط لها ان غاب عنها سنة أو تزوج عليها فهى طالق فطلقت عليه ثم غاب ثانية سنة أخرى أو تزوج عليها فانه لا شئ عليه الا أن يكون شرطه لها كلما غاب عنها أو تزوج وان شرط لها ان غاب عنها سنة بلا نفقة فأمرها بيدها فغاب عنها سنة فطلقت نفسها ثم قدم الزوج فادعى انه خلف عندها نفقة لزمه الطلاق الا أن يقيم بينة انه خلف عندها نفقة ولم تلزمه النفقة الا أن تكون رفعت أمرها الى السلطان قال ابن القاسم فى المجموعة واذا طلقت نفسها بالشرط فى المغيب واعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها وقامت له

لارأس له ولا ذنب فقال له عمر وما هو فقال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال عمر رضى الله عنه والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول وهذا يدل على رجوعه عما فى هذه الرسالة ونحو ذلك نقله ابن عبد الحكم عن عمر رضى الله عنه وذكر عن الحسن والليث ابن سعد من التابعين الاخذ بما فى هذه الرسالة فى أمر الشهود والاكثرون على خلافه بدليل قوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء

﴿فصل فيما يلزمه فى خاصة نفسه﴾ قال ابن المناصف فى تنبيه الحكام واعلم انه يجب على من تولى القضاء أن يعالج نفسه ويجتهد فى صلاح حاله ويكون ذلك من أهم ما يجعله من باله فيحمل نفسه على أدب الشرع وحفظ المروءة وعلو الهمة ويتوقى ما يشينه فى دينه ومروءته وعقله ويحطه عن منصبه وهمته فانه أهل لان ينظر اليه ويقتدى به وليس يسعه فى ذلك ما يسع غيره فالعيون اليه مصروفة ونفوس الخاصة على الاقتداء بهديه موقوفة ولا ينبغى له بعد الحصول فى هذا المنصب سواء وصل اليه برغبة فيه وطرح نفسه عليه أو امتحن به وعرض عليه أن يزهد فى طلب الحظ الاخلص والسنن الاصلح فربما حمله على ذلك استحقار نفسه لكونه ممن لا يستحق المنصب أو زهده فى أهل عصره ويأسه من استصلاحهم واستبعاده ما يرجو من علاج أمرهم وأمره أيضا لما يراه من عموم الفساد وقلة الالتفات الى الخير فانه ان لم يسع فى استصلاح أهل عصره فقد أسلم نفسه وألقى بيده الى التهلكة ويئس من تدارك الله تعالى عباده بالرحمة فيلجئه ذلك الى أن يمشى على ما مشى عليه أهل زمانه ولا يبالى بأى شئ وقع فيه لاعتقاده فساد الحال وهذا أشد من مصيبة القضاء وأدهى من كل ما يتوقع من البلاء فليأخذ نفسه بالمجاهدة ويسعى فى اكتساب الخير ويطلبه ويستصلح الناس بالرهبة والرغبة ويشدد عليهم فى الحق فان الله تعالى بفضله يجعل له فى ولايته وجميع أموره فرجا ومخرجا ولا يجعل حظه من الولاية المباهاة بالرياسة وانفاذ الامور والتلذذ بالمطاعم والملابس والمساكن فيكون ممن خوطب بقوله تعالى أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا وليجتهد أن يكون جميل الهيئة ظاهر الابهة وقور المشية والجلسة حسن النطق والصمت محترزا فى كلامه من الفضول وما لا حاجة به كأنما يعد حروفه على نفسه عدا فان كلامه محفوظ وزلله فى ذلك ملحوظ وليقلل عند كلامه الاشارة بيده والالتفات بوجهه فان ذلك من عمل المتكلفين وصنع غير المتأدبين وليكن ضحكه تبسما ونظره فراسة وتوسما واطراقه تفهما وليكن أبدا مترديا بردائه حسن الزى وليلبس ما يليق به فان ذلك أهيب فى حقه وأجمل فى شكله وأدل على فضله وعقله وفى مخالفة ذلك نزول وتبذل وليلزم من السمت الحسن والسكينة والوقار ما يحفظ به مروءته فتميل الهمم اليه ويكبر فى نفوس الخصوم الجراءة عليه من غير تكبر يظهره ولا اعجاب يستشعره فكلاهما شين فى الدين وعيب فى اخلاق المؤمنين

﴿فصل﴾ ويلزم القاضى أمور (منها) أنه لا يقبل الهدية وان كافأ عليها أضعافها الا من

خواص

بينة أنه قدم قبل مدة المغيب فانها ترد اليه وان كان قد دخل بها الثانى وكذلك ان شرط ان لم يبعث لها بالنفقة فأمرها بيدها فطلقت نفسها بعد ان رفعت أمرها الى الحاكم وزعمت أنه لم يبعث لها شيأ ثم قدم وأقام البينة انه كان يبعث اليها بالنفقة سقط التمليك ونزعت من الزوج الآخر وان كان قد دخل بها لان هذا تعد من المرأة كالتى ارتجعها زوجها وعلمت ثم تزوجت فان أثبت انه كان يبعث بالنفقة وأمسكها المبعوث معه ولم يعلمها كان الطلاق ماضيا بخلاف من أثبت دينا على غائب فبيعت داره ثم قدم فاثبت أنه كان قضاه لم يرد البيع وان كان ذلك تعديا لان التعدى فيها على الذمة والتعدى فى الزوجة على عينها فاشبه ما غصبت عينه ثم بيع بيعات فان ذلك لا يقطع حق صاحبه فان غاب الزوج وذهبت المرأة الى الاخذ بشرطها فيثبت الصداق الذى فيه الشرط * ويكتب فى المغيب عقد يعرف شهوده فلانا الزوج المذكور فى هذا الكتاب أو فوقه ويعلمون أنه غاب عن زوجته المذكورة فيه منذ كذا وكذا بحيث لا يعلم ولم يرجع من مغيبه فى علمهم حتى الآن ويعرفون الزوجة وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فاذا ثبت هذا فتكتب رسم اليمين حلف عن اذن قاضى الجماعة فلان فلانة الزوجة المذكورة فى كذا بحيث يجب كما يجب عينا قالت فيها بالله الذى لا اله الا هو لقد غاب عنى زوجى الغيبة المشهود بها فى رسم كذا ولا رجع من مغيبه سرا ولا جهرا ولا أسقطت عنه حكم الطوع المقيد فى كذا ولا سقط لى بوجه ولا أذنت له فى سفره ولا كان سكوتى بعد انقضاء مدة المغيب وتلومى عليه اسقاطا منى لحقى فى ذلك ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالفة عن الاذن المذكور وعرفها وأشهدته بايقاعها على نفسها طلقة واحدة قيد شهادته فى كذا (وأما) شرط الضرر فلا أحسن أن يقال فيه

خواص القرابة كالولد والوالد والعمة والخالة وبنت الاخ وشبههم لان الهدية تورث ادلال المهدى واغضاء المهدى اليه وفى ذلك ضرر القاضى ودخول الفساد عليه وقيل ان الهدية تطفئ نور الحكمة وقال ربيعة اياك والهدية فانها ذريعة الرشوة وقال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقبلها من اخوانه الذين كان يعرف له قبولها منهم قبل الولاية وقد كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقبل الهدية من اخوانه وقيل لا يسوغ له قبولها منهم ذكره المازرى وأجاز أشهب قبولها من غير الخصمين اذا كان صديقا وكافأه عليها أو كان قريبا وقال سحنون لا يقبلها الا من ذى رحم ولابن سحنون عن مالك رضى الله تعالى عنه لا ينبغى لامير ولا لعامل صدقة أن ينزل على أحد من أهل عمله ولا يقبل له هدية ولا منفعة فان فعل لم ينبغ لمن معه أن يأكل من ذلك ولا يأكل الساعى الا من رأس ماله وقال ابن حبيب لم تختلف العلماء فى كراهية الهدية الى السلطان الاكبر والى القضاة والعمال وجباة المال وهذا قول مالك ومن قبله من أهل العلم والسنة وكان النبى صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية وهذا من خواصه صلى الله عليه وسلم والنبى صلى الله عليه وسلم معصوم مما يتقى على غيره منها ولما رد عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه الهدية قيل له كان النبى صلى الله عليه وسلم يقبلها فقال كانت له هدية ولنا رشوة لانه كان يتقرب اليه لنبوته لا لولايته ونحن يتقرب بها الينا لولايتنا وقال صلى الله عليه وسلم يأتى على الناس زمان يستحل فيه السحت بالهدية والقتل بالموعظة يقتل البرىء ليتعظ به العامة

﴿فصل﴾ قال المازرى وأما الارتزاق من بيت المال فان من تعين عليه القضاء وهو فى غنى عن الارتزاق منه فانه ينهى عن أخذ العوض على القضاء لان ذلك أبلغ فى المهابة وأدعى للنفوس الى اعتقاد التعظيم والجلالة وان كان القضاء لم يتعين عليه وهو محتاج الى طلب الرزق من بيت المال ساغ له أخذ ذلك وفى مفيد الحكام قال أصبغ ولا ينبغى له أن يأخذ رزقه الا من الخمس أو من الجزية أو من عشور أهل الذمة ﴿مسئلة﴾ وكذلك الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من أحد الخصمين ما دامت الخصومة بينهما ﴿مسئلة﴾ وفى الطرر لابن عات قال ابن عيشون أجاز بعضهم اعطاء الرشوة اذا خاف الظلم على نفسه وكان الظلم محققا ﴿مسئلة﴾ قال ابن عبد الغفور وما أهدى الى الفقيه من غير حاجة فجائز له قبوله وما أهدى اليه رجاء العون على خصمه أو فى مسئلة تعرض عنده رجاء قضاء حاجته على خلاف المعمول به فلا يحل له قبولها وهى رشوة يأخذها وكذلك اذا تنازع عنده خصمان فأهديا اليه جميعا أو أحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه فى حجته أو عند حاكم اذا كان ممن يسمع منه ويوقف عنده فلا يحل له الاخذ منهما ولا من أحدهما (ومنها) أن لا يعتكف لانه لا يقضى بين الناس فى اعتكافه من مفيد الحكام (ومنها) انه لا يحضر وليمة الا وليمة النكاح للحديث ثم ان شاء أكل وان شاء لم يأكل والاولى له اليوم ترك الاكل لان فى المسارعة الى اجابة الدعوة والتسامح بذلك مذلة

فان فعل شيأ من ذلك لانه أن قال فعل ذلك وثبت اذايتها فى مالها دون نفسها أو العكس ففى ذلك قولان أحدهما أنه ليس لها الاخذ بشرطها حتى تثبت الضرر فى الوجهين والثانى أن لها الاخذ بشرطها فان قالت شيأ من ذلك ارتفع الخلاف وكان لها الاخذ بشرطها فان التزم لها التصديق فى الضرر بغير يمين فقال ابن رشد ٢٣ اختلف فى ذلك فروى عن سحنون أنه قال أخاف أن ينفسخ النكاح قبل البناء فان دخل بها فلا يقبل قولها الا ببينة على الضرر وحكى عن ابن دحون أنه كان يفتى بأن ذلك لا يلزم ولا يجوز الا ببينة ثم قال ولا اختلاف أنه اذا لم يكن ذلك مشترطا فى أصل العقد أنه جائز نافذ وفى الاستغناء ان أرادت ترك اليمين وان يجعلها مصدقة بغير يمين تلزمها لم يجز فى المغيب وجاز فى الرحيل والضرر والزيارة وتقول وهى مصدقة فيما ادعته من الضرر فى نفسها أو فى الرحيل أو فى الزيارة بغير يمين تلزمها والظاهر من وثائق ابن فتحون أن التصديق فى المغيب دون يمين جائز عامل خلاف ما ذكر فى الاستغناء واذا لم يثبت الضرر ودعت الزوجة الى تحليفه فقال ابن فتحون فى وثائقه انه لا يحلف بدعواها اذا أنكر وقال ابن الهندى اذا قالت شرطت عليه الانفاق وعلى بنيها وأنكر هو فانه يحلف وهى على شرطها أبدا فى الضرر وان طال الامد على المشهور من مذهب ابن القاسم الا أن تمكنه من نفسها فيتلذذ بها أو يطأها فان أقرت بالتمكين وادعت الاكراه حلف هو وسقط قيامها وله رد اليمين عليها فان حلفت أخذت بشرطها وسأل ابن حبيب سحنونا عمن شرط لامرأته فى كتابها أن أضر بها فأمرها بيدها فتأتى فتذكر أنه ضربها هل ذلك من الضرر فقال ان كان مثله ممن يؤدب امرأته بريد وهو مأمون على ذلك فليس ذلك من الضرر وهو مصدق أنه ضربها الذنب كان منها وعليها البينة أنه ضربها ظالما لها ثم يكون لها الخيار وان كان مثله

لايؤدب أهله ولا يشفق [illegible] ة حاله وقلة عنايته بأمرها فعليه البينة أن ضربه لها كان عن ذنب منها مستوجب به ذلك
والا فهي مصدقة أنه ضربها ظلما او يكون مضرا ان أثر بالضرب وان جحد الضرب في الوجهين فقامت عليه البينة بالضرب
فيه [illegible] يضربه ضررا في الوجهين ٢٤ ولها الخيار ولا يقبل منه انه لذنب وان كان مثله ممن يؤدب أهله لانه بجحوده

واضاعة للتصاون واخلاقا للهيبة عند العوام قاله ابن المناصف وفي المتيطية قال أشهب في المجموعة لا بأس أن يجيب الدعوة العامة ان كانت وليمة أو صنيعا عاما لفرح فأما أن يدعى مع عامة لغير فرح فلا يجيب وكأنه انما دعى خاصة وكان ذلك لاجله وقال سحنون يجيب الدعوة العامة دون الخاصة وتنزهه عن الدعوة العامة أحسن الا أن يكون لاخ في الله وخاصة أهله أوذى قرابة وكره مالك رحمه الله لاهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم (ومنها) أنه ينبغي له التنزه عن طلب الحوائج من ماعون أو دابة (ومنها) أن يجتنب العارية والسلف والقراض والابضاع الا أن لا يجد بدا من ذلك فهو خفيف الامن عند الخصوم أو من هو من جهتهم فلا يفعل (ومنها) أنه يكره له البيع والابتياع في مجلس حكمه أو في داره ولا يردمنه شئ الا أن يكون على وجه الاكراه أو فيه نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياع كان في مجلس قضائه أو غيره قال أشهب ان عزل والبائع أو المبتاع مقيم بالبلد لايخاصمه ولا يذكر مخاصمته لاحد فلا حجة له والبيع ماض ولا ينبغي أن يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لانه يفعل مع وكيله من المسامحة ما يفعل معه وربما امتنع الناس من خصامه وأن يرفعوه الى القاضي الذي هو وكيله لانهم يتهمونه بالعناية به وينبغي له التنزه عن ذلك الا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه قال سحنون وتركه أفضل قال أشهب الا أن يكون مال ميت له النظر فيه فلا بأس به قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا ينبغي أن يشتغل في مجلس قضائه بالبيع والابتياع لنفسه قال أشهب أو لغيره على وجه العناية به ولا بأس له بذلك في غير مجلس القضاء قال مطرف وابن الماجشون لنفسه ولغيره وفي مختصر الواضحة قال أشهب اذا اشترى الامام العدل من رجل أو باع ثم عزل أو مات فان البائع منه والمشترى مخير في الاخذ أو الترك فتدبر هذا (ومنها) أنه لا ينبغي له أن يأتي أحدا من الناس الا الذي ولاه وحده لان من دونه رعيته (ومنها) انه ينبغي له التنزه عن دخول الحمام ما أمكنه اذ لا يكاد يسلم من الاطلاع على عورة لان الحمام مظنة لذلك لاسيما مع العامة وقد قال مالك رضي الله تعالى عنه والله ما دخول الحمام بصواب مع ما تدعو اليه مخالطة الناس هنالك من سقوط الهيبة ونقص المروءة فان دخله خاليا فلا بأس ولا كراهة فيه حينئذ (ومنها) انه ينبغي له أن يجتنب بطانة السوء لان أكثر القضاة انما يؤتى عليهم من ذلك ومن بلى بذلك عرفه حق المعرفة قاله ابن رشد (ومنها) أن يختار له كاتبا تكتب له ويكتب ما يقع في مجلسه بين الخصوم قال المتيطي لا يستكتب الا أهل العدل والرضا غاب الكاتب على ما يكتب أو حضر وقد ذكر بعضهم في أوصافه أربعة وهي العدالة والعقل والرأي والعفة وان لم يكن عالما بأحكام الشرع فلا بد أن يكون عالما بأحكام الكتابة وقال ابن المواز ينبغي أن يكون كاتبه عدلا فقيها يكتب بين يديه ثم ينظر هو فيه وظاهر كلام المتقدمين ان ذلك على وجه الاستحباب ومال بعض الشيوخ الى الوجوب وفي المدونة ولا يستكتب القاضي أهل الذمة قال

محمد

خروج عن التصديق وقال غيره ان أتت وبها من الضرب آثار قبيحة وأمر مشتهر مستنكر وقالت ان زوجها فعل ذلك بها وقامت بشرطها ولم يجمع لزوجها شكاية لغيره أنه فعل ذلك بها وكان ممن لا يؤمن حاله حلفت انه من فعله وتأخذ بشرطها واذا كتبت في الطوع فأمرها بيدها فقط فان كان شرطا في الصداق فلها ان تطلق نفسها كيف شاءت وان كان طوعا بعد العقد فلا تطلق نفسها الا بواحدة * وأما شرط الرحيل فروى أشهب عن مالك اذا لم تشترط عليه ان لا يرحلها الا باذنها ان له ان يرحل بها حيث شاء قرب أو بعد اذا كان مأمونا عليها وحسن الصحبة لها وان كانت حاله على خلاف ذلك فليس له ان يرحل بها ولا ينقلها قال ابن رشد وهو محمول على انه حسن الصحبة حتى يتبين خلافه والعبد في ذلك بخلاف الحر ليس له ان ينقلها بوجه وليس للزوج ان يرحل بزوجته من موضع سكناها اذا شرطت ذلك عليه وان كانت بموضعها فتنة وقيل ما لم يكن خوفا بينا قاله في الاستغناء

وان أراد أن يكترى لها دارا لسكناها وأرادت هي السكنى في دارها بمثل ما يكترى لها أو دون ذلك فله
ذلك قاله في الاستغناء أيضا فان نقلها ثم أراد ارتجاعها فعليه مؤنتها ذاهبة وراجعة في قول ابن القاسم وقيل ليس عليه
مؤنة رجوعها وقال أبو عمران الفاسي اذا نقلها الى موضع ثم طلقها فيه فعليه مؤنة رجوعها الا انها انما رحلت بسببه وكذلك

محمد فان اضطر الى غير عدل نظر فيما يكتب ولا يكله اليه وقال ابن شاس انه لا يشترط العدالة في الكاتب ولعله يريد أن القاضي يقف على كتابته ولا يغيب عليه شئ من ذلك قال المازري اذا كان غير ثقة فلا بد من اطلاع القاضي على ما يكتبه وان كان عدلا فالمذهب أنه مأمور بالنظر الى ما يكتب أيضا (ومنها) أنه يختار من يزكي عنده الشهود وينبغي أن ينصب لذلك رجلين يسألان له عن الشهود ويكون كشفهم في السر وان قدر القاضي أن لا يعرف الناس من نصبه لذلك فذلك حسن ولو احدا لصالح المأمون المتنبه يجزئ ولا ينبغي للكاشف أن يسأل واحدا أو اثنين وليسأل ثلاثة أو أربعة أو أكثر من ذلك ان قدر خيفة أن يزكيه أهل وده أو يجرحه عدوه بخلاف اذا سأل جماعة (ومنها) أنه ينبغي أن يتخذ له مترجما ويشترط فيه العدالة والصلاح التام قال مالك رضي الله تعالى عنه واذا اختصم اليه من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه فليترجم عنه ثقة مسلم مأمون واثنان أحب الينا ولا بأس أن يقبل ترجمة امرأة عدل وذلك اذا لم يجد من الرجال من يترجم له وكان مما يقبل فيه شهادة النساء وامرأتان ورجل أحب الينا وقال سحنون لا يقبل ترجمة النساء ولا ترجمة رجل واحد ولا ترجمة من لا تجوز شهادته ولا يقبل في ذلك قول أهل الكفر ولا العبد قال بعض الشيوخ يريد مع وجود العدل ولو اضطر الى ترجمة أحدهم يعمل بقوله كالحكم بقول الطبيب النصراني فيما يضطر اليه فيه (ومنها) أنه ينبغي له أن يستبطن أهل الدين والامانة والعدالة والنزاهة ليستعين بهم على ما هو بسبيله ويقوى بهم على التوصل الى ما ينوبه ويخففوا عنه فيما يحتاج الى الاستنابة فيه من النظر في الوصايا والاحباس والقسمة وأموال الايتام وغير ذلك مما ينظر فيه (ومنها) أنه يجب أن يكون أعوانه في زي الصالحين فانه يستدل على المرء بصاحبه وغلامه ويأمرهم بالرفق واللين في غير ضعف ولا تقصير فلا بد للقاضي من أعوان يكونون حوله ليزجروا من ينبغي زجره من المخاصمين وينبغي ان يخفف منهم ما استطاع وقد كان الحسن رضي الله تعالى عنه ينكر على القضاة اتخاذ الاعوان فلما ولي القضاء وشوش عليه ما يقع من الناس عنده قال لا بد للسلطان من وزعة وان استغنى عن الاعوان أصلا كان أحسن قال المازري ولا يكون العون الا ثقة مأمونا لانه قد يطلع من الخصوم على ما لا ينبغي أن يطلع عليه أحد الخصمين وقد يرشي على المنع والاذن وقد يخاف مسه على النسوان اذا احتجن الى خصام فكل من يستعين به القاضي على قضائه أو مسورته لا يكون الا ثقة مأمونا

(فصل) وأرزاق الاعوان الذين يوجههم في مصالح الناس ورفع المدعى عليه وغير ذلك من حقوق الناس تكون من بيت المال كالحكم في أرزاق القضاة ولا ينبغي للقاضي أن يجعل لهم شيأ في أموال المسلمين واذا كان لهم رزق من بيت المال فلا يجوز لهم أخذ شئ على القضايا التي يبعثون فيها كما لا يجوز للقضاة أخذ شئ فان لم يصرف لهم

ان طلقت نفسها بشرطها فعليه مؤنة ارتحالها حكاه ابن العطار وذكر عنه ابن فتحون وقال لا أعلم أحدا قاله فان حالت بينه وبين الموضع الذي رحلها منه فتن ومخافة أو كان بينهما بحر وأظل فصل الشتاء وامتنع الناس من ركوبه فأرادت الاخذ بشرطها فقال ابن فتحون لا أعلم لاحد من أهل العلم في ذلك قولا وعندي ان ذلك لا يجوز لها الا ان رحلت معه برضاها وصرفها عذر مانع فان أخذت بشرطها فقد أساءت وينفذ قضاؤها عندي لانه وجه لا شرط والطلاق أولى ما احتيط له وعلى الحاكم أن يمنعها من القضاء قبل ذلك حتى يزول المانع * ومن تزوج امرأة ثم أسكنها مع أبيه وأهله فشكت الضرر لم يكن له أن يسكنها معهم وان احتج أن أباه اعمى نظر في ذلك فان رؤي ضرر منع قال ابن الماجشون رب امرأة لا يكون لها ذلك تكون وضيعة القدر وذات صداق يسير وفي المنزل سعة فاما ذات القدر واليسر فلا بد له أن يعزلها وان حلف على ذلك حنث * وليس للزوج أن يسكن أولاده من امرأة أخرى مع زوجته في بيت واحد ولا مسكن واحد يجمعهم الا أن ترضى بذلك قاله في سماع ابن القاسم وقال ابن زرب اذا تزوج رجل امرأة ولاحدهما ولد صغير فاراد امساكه معه بعد البناء فان كان له من أهله من يحضنه ويكفله أجبر على ذلك وان لم يكن له ذلك لم يكلف اخراجه وأجبر من أبى منهما على البقاء معه ولو وقع البناء والصبي مع أمه أو أبيه ثم أراد اخراج الربيب أو الربيبة بعد ذلك لم يكن ذلك لواحد منهما الدخول عليه (فان) اشترط حضانته في كتاب الصداق (قلت ما نصه) وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره المسمى بفلان أو تطوعت الزوجة بحضانة ابن الزوج أو ابنته من غيرها مدة الزوجية بينهما الى سقوط ذلك شرعا (فان) التزم الزوج مع ذلك اجراء النفقة على

الابن (قلت) وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره فلان واجراء النفقة عليه من ماله بطول الزوجية بينهما الى سقوط ذلك شرعا وذلك لازم للزوج لانه معروف التزمه فان مات المتطوع سقط الطوع وان كان لمدة معلومة وبقي من المدة شئ لانها هبة لم تقبض ولا يرجع الزوج بشئ منها لانه معروف منه وصلة للربيب ولم تترك الام من حقها على ذلك شيأ

شئ من بيت المال دفع القاضي للطالب طابعا يرفع به الخصم الى مجلس الحكم فان لم يرتفع واضطر الى الاعوان فليجعل القاضي لهم شيأ من رزقه اذا أمكنه وقوي عليه اذ رفع المطلوب عما يلزمه فان عجز عن ذلك فأحسن الوجوه أن يكون الطالب هو المستأجر على النهوض في احضار المطلوب ورفعه فيتفق مع العوين على ذلك بما يراه الا أن يتبين لدد المطلوب بالطالب وانه امتنع من الحضور بعد ان دعا فان أجرة العوين الذي يحضره على المطلوب وأنكر ذلك ابن الفخار وسيأتي في الباب الثاني والعشرين (ومنها) انه لا ينبغي له أن يبيح للناس الركوب معه الا في حاجة أو رفع مظلمة فانه لا بأس للقاضي أن يركب لينظر الى الشئ مع غيره من الناس فيما قد تشوجر فيه عنده واختلط فيه الامر وطالت فيه الخصومة ولا يجد سبيلا الى معرفته الا بمعاينة وقد يكثر هذا في باب دعوى الضرر وقد ركب عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه في أمر لينظر اليه فذكر له في الطريق أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وقف عليه وحكم فيه فانصرف ولم ينظر فيه (ومنها) أنه لا ينبغي له أن يكثر الدخال عليه ولا الركاب معه ولا من يحف به في غير حاجة كانت لهم قبل ذلك الا أن يكونوا أهل أمانة ونصيحة وفضل فلا بأس بذلك واذا كانوا على غير هذا الوجه كبرت نفسه وعظم عند سلطانه ويكفي القاضي في معرفته قبح حال الرجل أن يصحبه في غير حاجة ولا دفع مظلمة ولا خصومة وحق عليه أن يمنعهم من ذلك لانهم انما يلزمون ذلك لاستئكال أموال الناس لانهم يرون الناس ان لهم عند القاضي منزلة ولهذا قالوا من تردد الى القاضي ثلاث مرات في غير حاجة فذلك جرحة في عدالته ويمنع من يجلس في دهليزه لغير حاجة لان في ذلك مأكلة للناس وحيلة عليهم ولا يبيح مجالسه لمن يريد أن يتزين بمجالسته أو يتعلم أحكامه فان ذلك من خلق المستأكلين وانما يجالسه الفقهاء والعدول الذين يحتاج الى فقههم وشهادتهم (ومنها) انه لا يرى الناس ان لاحد عنده منزلة مثل أن يدعو شخصا معينا للتزكية والتجريح والشهادة والكشف عما يريد (ومنها) انه لا ينبغي أن يصغي بأذنه للناس في الناس فينفتح على نفسه بذلك شرا عظيما وتفسد عقيدته في أهل الفضل البراء مما قيل فيهم عنده (ومنها) أنه ينبغي له أن يتخذ من يخبره بما تقول الناس في أحكامه وأخلاقه وسيرته وشهوده فاذا أخبره بشئ فحص عنه فان في ذلك قوة على امره

(الفصل الثالث فيما يتعلق بمجالسه ومسكنه) وذلك أمور (منها) أن يجلس في المسجد مستقبل القبلة قال في المدونة القضاء في المسجد من الامر القديم وهو الحق والصواب قال مالك لانه يرضى فيه بالدون من المجلس وهو أقرب على الناس في شهودهم ويصل اليه الضعيف والمرأة وفي المجموعة وكتاب ابن المواز عن مالك لا بأس أن يقضي القاضي في منزله وحيث أحب وفي تنبيه الحكام لابن المناصف ويكره الجلوس للاحكام في داره وقد أنكره عمر بن الخطاب على أبي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنهما وأمر باضرام داره

وقع ذلك للشيوخ فاجعلوا عليه وسواء كان طوعا أو شرطا قال بعضهم وان كان الطوع مدة الزوجية فانما يلزم الانفاق على الربيب مادام صغيرا لا يقدر على الكسب (وأما) شرط الزيارة فاذا منعها من الخروج كان لها الاخذ بشرطها واذا لم تشترط عليه ذلك فلها زيارة ذوي محارمها من أهلها بالمعروف ويقضي عليه بذلك وأما شهود الجنائز واللعب فلا يقضي عليه بذلك قال ابن حبيب لا يحل لذات الزوج الخروج بغير اذن زوجها الى بيت أبويها ولا الى سواه وينبغي لزوجها أن لا يمنعها من الخروج الى أبويها ولا يمنعهما من الدخول اليها فان زعم انه لا يحل خروجها ولم يرد بذلك ضررا لم يحكم السلطان عليه بذلك وليس له منعهما من الدخول اليها فان منعهما من الدخول اليها قضي عليه به ولم يقض عليه بالخروج وكذلك ان كان حلف عليهما معا قضي عليه بالدخول وحنث فيه قال ابن مغيث فان منع أهلها من الدخول لداره لزيارتها من غير مرض قيل لهم اجتمعوا معها عند باب الدار وفي الاستغناء ان شكا ضرر أبويها فان كانا صالحين لم يمنعا من زيارتها والدخول اليها وان كانا مسيئين واتهما بافساد هازارها في كل جمعة مرة بامينة تحضر معهم وفي العتبية ليس للزوج أن يمنع زوجته من الخروج الى أبيها وأخيها ويقضي عليه بذلك خلاف ما ذهب اليه ابن حبيب وانه يقضي عليه باحد الوجهين قال ابن رشد وهذا الخلاف انما هو للشابة

المأمونة في نفسها وأما المتجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج الى زيارة أبيها وأخيها وأما الشابة غير المأمونة فلا يقضى لها بالخروج الى ذلك والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت خلافه * ويلزم الرجل أن يأذن لامرأته في أن يدخل عليها ذوات رحمها من النساء ولا يكون ذلك في الرجال الا في ذوي المحرم منها خاصة وقال ابن رشد في الحاضنة اذا لم تكن قريبة ان لها الزيارة بحكم الشرط وانها كالقريبة لان القصد انما هو أن لا يحول بين الزوجة وبين من تأنس بها وترجو الانتفاع بها والصهر في ذلك بمنزلة ذوي المحارم من القرابة وان احتاجت الزوجة أن تدخل على نفسها من يشهد عليها في شهادة لم يكن للزوج منعها ولا لها أن تدخل أحدا بغير اذن زوجها

(شرط الاخدام) ينبغي أن يكون عقده على الطوع لانه ان كان شرطا في النكاح فسخ به قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ويسقط الشرط * فتقول مانصه وعلم الزوج ان زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها لحالها ومنصبها فتطوع باخدامها واجراء النفقة والكسوة والمؤنة كلها على من يخدمها من ماله بطول الزوجية بينهما واعترف أنه قادر على ذلك وماله يتسع له * فان لم تشترط ذلك الزوجة على زوجها فلا يلزمه اخدامها الا أن يكون من أهل اليسار والزوجة من ذوات الحال وممن لا تخدم نفسها فيلزمه اخدامها بخادم يشتريها أو حرة يستأجرها فان تنازعا في ذلك فعلى الزوج البينة أنه ممن ليس عليه اخدام بالنفقة والكسوة وقيل البينة على المرأة وفي الاستغناء يلزم الزوج نفقة من يخدم زوجته اذا أتت الزوجة بها وليس على الزوج أن يأتي بمن يخدمها وقيل يلزم الزوج أن يأتي بمن يخدمها أحب أم كره لان عليه اخدامها وعاب القول الاول ولم يره شيأ وقال مالك اذا قال الزوج أنا أدفع لها خادما ولا أنفق على خادمها فطلبت هي خادمها فذلك لها الا انها أرفق بها وينفق عليها

داره عليه نار أقعدها واستقال ولم يعد الى ذلك فان دعته ضرورة الى ذلك فليفتح أبوابها ويجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة لذلك من غير منع ولا حجاب والأحسن أن يكون مجلس قضائه حيث الجماعة جماعة الناس وفي المسجد الجامع الا أن يعلم ضرر ذلك بالنصارى وأهل الملل والنساء الحيض فيجلس في رحبة المسجد قال سحنون فان دخل عليه ضرر بقعوده في المسجد لكثرة الناس حتى أشغله ذلك عن النظر والفهم فليكن له موضع في المسجد يحول بينهم وبينه وقد اتخذ سحنون بيتا في المسجد الجامع فكان يقعد فيه للناس ليحول ذلك المجلس بينه وبين كلامهم وكثرة لغطهم وحيثما جلس القاضي المأمون فهو له جائز وذكر أن عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه كتب الى القاضي تميم ابن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد وبذلك أخذ الشافعي رضي الله تعالى عنه واحتجوا بأنه فيه تضييق على الناس فمنهم الحائض والجنب وأهل الذمة وفيه امتهان المسجد بكثرة اللغط واللجاج وما يقع بين الخصوم من اللجاج وأيضا فان بعض العوام يدخل المسجد ورجله فيها بلل وربما كانت غير طاهرة ومفاسد عديدة ذكرها الشافعية واحتجوا بقوله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع وليس في القضاء في المسجد الا اهانة المسجد خصوصا المساجد الثلاثة لا سيما مسجد النبي صلى الله عليه وسلم فانه قد جاء عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت لرجل دق مسمارا في حائط المسجد لقد أذيت رسول الله صلى الله عليه وسلم واحترامه بعد موته صلى الله عليه وسلم واجب كما كان في حياته ولهذا قال ابن حبيب من أصحابنا أحب الي أن يجلس في رحاب المسجد اللاصقة به من غير تضييق بالجلوس في غيرها وما كان من مضى يجلسون الا في رحاب المسجد خارجا منه اما عند موضع الجنائز يريد بالمدينة النبوية وهو الآن الموضع المعروف بمصلى الجنائز خارج باب جبريل قال وأما في رحبة دار مروان وهي التي تسمى رحبة القضاء وقد جعل ذلك في هذا الوقت ميضأة وهي على باب السلام قال ابن أبي زيد واحتج بعض أصحابنا في قضاء القاضي في المسجد بقوله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب فدل على أن الحكومة وقعت عنده في مسجده عليه السلام وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المسجد

(فصل) وأما مسكنه فينبغي أن يكون وسط البلد في موضع لا يشق على الناس القصد اليه (ومما) ينبغي له أنه لا يفرد لنفسه يوما في الجمعة لا يقضي فيه لان ذلك ليس له لتعلق حقوق الناس به الا لعذر ولا بأس أن ينظر في أمور دنياه التي تصلحه ولا بد له منها في كل الايام في غير أوقات قضائه ولا بأس أن يطلع الى قريته اليومين والثلاثة قال ابن حبيب وأكثر من ذلك ولا حرج عليه فيه (ومنها) أن لا يجلس على حال تشويش من جوع أو شبع أو غضب أو هم لان الغضب يسرع مع الجوع والفهم ينطفئ مع الشبع والقلب يشتغل مع الهم فمهما عرض له ذلك لم يجلس للقضاء وان عرض له في المجلس انصرف (ومنها) أن يتخذ لجلوسه وقتا معلوما لا يضر بالناس في معايشهم ولا ينبغي أن يجلس بين

العشاءين ولا في وقت السحر الا في أمر يحدث مما لا بد منه وفي مختصر الواضحة ولا يقضي بين اثنين ممن جرت الخصومة بينهما عنده بين المغرب والعشاء وأجاز أشهب جلوسه بين المغرب والعشاء وبعد أذان الظهر وبعد صلاة الصبح ما لم يكن مجلسا يجبر عليه العامة ولا ينبغي أن يحكم في الطريق الا في أمر استغيث به فيه فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن فأما الحكم الفاصل فلا وأجاز ذلك أشهب قاله ابن حبيب في مختصر الواضحة قال ابن عبد الحكم ولا ينبغي أن يجلس في العيدين وما قارب ذلك كيوم عرفة ويوم التروية ويوم سفر الحاج ويوم قدومه وشهود المهرجان وحدوث ما يعم من سرور أو حزن وكذلك اذا كثر الوحل والمطر قال بعض المتأخرين وكذلك يوم الجمعة ويستثنى من هذه الايام والاوقات الامور التي يخاف عليها الفوات وما لا يسعه الا تعجيل النظر فيه وذكر ابن المواز عن أشهب عن مالك رضي الله تعالى عنه قال ينبغي للقاضي أن يكون جلوسه في ساعات من النهار لاني أخاف أن يكثر فيخطئ وليس عليه أن يتعب نفسه نهاره كله قال ابن عبد الحكم لا أحب أن يطيل الجلوس حتى يمل أو يمل غيره ولكن يكون له وقت حسن في صدر النهار وان احتمل أن يجلس بعد العصر جلس (ومنها) انه لا ينبغي له أن يسرع القيام تشاغلا بما يريد أن يؤثر من حوائجه فان عرضت له حاجة فلا بأس أن يقوم (ومنها) أنه ينبغي للقاضي أن يكون جلوسه في مجلس الاحكام متربعا أو محتبيا وعليه السكينة والوقار وقال مالك رضي الله تعالى عنه في كتاب محمد ولا بأس أن يقضي وهو متكئ (ومنها) انه لا يتضاحك في مجلسه ويلزم العبوسة من غير غضب ويمنع من رفع الصوت عنده (ومنها) أنه لا يتشاغل بالحديث في مجلس قضائه ان أراد بذلك اجمام نفسه واذا وجد الفترة فليقم من مجلسه ويدخل بيته ويدفع الناس عنه أو يدع مجلس قضائه ويجلس للحديث مع من أحب اذا أراد اجمام نفسه وأما وهو يقضي فلا ينبغي وأجاز ذلك ابن عبد الحكم مع جلسائه وهو أحسن من القيام (ومنها) أنه لا يكثر من القضاء جدا حتى يأخذه النعاس والضجر فانه اذا عرض له ذلك ربما أحدث ما لا يصلح قال ابن حبيب وقد قال مالك رضي الله تعالى عنه لرجل كان يلي أمر السوق بالمدينة وكان يقضي بين الناس لا تكثر فتخطئ واجعل لجلوسك للقضاء ساعات يعرفها الناس منك فيأتونك فيها وخفف عن نفسك بالنظر في غير ذلك (ومنها) أن يجعل للرجال مجلسا وللنساء مجلسا اذا كانت حكومة كل نوع مع نوعه فاذا اجتمعت الرجال والنساء في مجلس واحد لخصومة عرضت لهم أفرد لهم مجلسا ويجعل لاهل الذمة يوما أو وقتا بقدر كثرتهم وقلتهم ويجلس لهم في غير المسجد

{ الفصل الرابع في سيرته في الاحكام } ويلزمه في ذلك أمور (منها) قال اشهب وسحنون لا يقضي القاضي حتى لا يشك أن قد فهم فأما أن يظن أن قد فهم ويخاف أن لا يكون فهم لما يجد من الحيرة فلا ينبغي أن يقضي بينهما وهو يجد ذلك قاله ابن يونس (ومنها) ان القضية اذا كانت مشكلة فيكشف عن حقيقتها في الباطن ويستعين بذلك على الوصول الى الحق

وان لم تخدمه وان تشكى الزوج من خادم زوجته وادعى أنها تفسد عليه زوجته لم يكن له زوالها الا أن تثبت البينة على قوله أو ان يعرف ذلك جيرانه قال ابن القاسم ليس على المرأة من خدمة نفسها قليل ولا كثير اذا كان زوجها مليا وقال ابن الماجشون وأصبغ اذا كانت ذات قدر في نفسها وصداقها فلا خدمة عليها من غزل ولا طبخ ولا عجن ولا كنس ولا غيره وعليه أن يخدمها ان كان مليا وان كان صداقها لا بال له وليست من ذوات الحال كان عليها الخدمة الباطنة كلها من عجن وكنس وفرش واستقاء ماء في الدار قال ابن لبابة يلزم ذلك لها إله ولا يلزم زوجها أن يخدمها وان كان مليا * قال بعضهم وللزوج منع المرأة من النسج والغزل ولا حق له فيما غزلت ونسجت وعليها ان تتزين له ويمنعها من كل ما يؤذيه من الروائح كتنقية الثوم وغيره ولا يلزمه لها أكثر من نفقة خادم واحد في رواية ابن القاسم عن مالك وقال أصبغ عن ابن القاسم يلزمه نفقة خدمها اذا كانت ذات شرف نفقة الخادمين والثلاثة مع الكسوة ومن عجز عن الاخدام لا تطلق عليه امرأته وبه القضاء وروى عن سحنون انها تطلق عليه { المتعة } ان كانت شرطا في النكاح فسد بها النكاح وان كانت طوعا فالاجود أن تكتب في عقد منفرد (وان) كتبت في كتاب الصداق (قلت ما نصه) وتطوع عن الزوجة والدها أو وليها فلان بعد كمال العقد وتمامه بينهما بصحها بامتاع الزوج بسكنى الدار التي للزوجة بكذا أو باستغلال الموضع أو الاملاك التي للزوجة بكذا والارتفاق بذلك امتاعا صحيحا وقد يطول الزوجية بينهما من غير كراء يلزمه في ذلك ولا مناب وقبل ذلك الزوج وتطوع فيه بما عينه العرف والعادة في الامتاع بمثل ذلك بموضع كذا ينفق ويؤدى بدوام متعته من غير رجوع فيه وان ضمن الدرك فهو أحسن وأحوط للزوج

فتقول وضمن المتمع كل درك يلحق الزوج المذكور في ذلك في ماله وذمته (وان) كان شوارا (نلت فيه) وتطوع بامتاعة باستعمال الشوار وامتهان الاسباب مدة الزوجية بد نماء بقاء أعيانها فان استغل الزوج مال الزوجة وازدرعه وانتفع به وهي تحته من غير متعة ثم قامت تطالب الكراء كان لها ذلك وان زرعه بأمرها وأكله ولا يعلم هل كان عن طيب نفس منها أم لا ثم طلبته بالكراء كان لها ذلك بعد يمينها أنها لم تهب له ذلك ولا خرجت عنه (وسئل) بعضهم عن المرأة تعطي زوجها طعاما أو ذهبا أو ثيابا عن طيب نفس منها الى أعوام ثم يقع بينهما كلام فتطلب ذلك وتزعم أنه كان سلفا (فقال) القول قولها مع يمينها ولها أخذ ذلك * وأما دار الزوجة اذا سكنها الزوج ثم طلبته بالكراء فاختلف فيها قول مالك رحمه الله تعالى فقال مرة ذلك لها ان كان موسرا وقال مرة ليس لها ذلك فيما مضى وقال ابن القاسم اذا بنى بها في دارها ثم طلبته بالكراء فلا شئ لها يريد لان العادة أن ذلك على وجه المكارمة وذكر ابن العطار هذه المسئلة فقال اذا سكن الرجل دار امرأته فان كانت مالكة أمرها فقيل عليه الكراء وقيل لا كراء عليه فيما مضى ولها الكراء من يوم تطلبه وان كانت في ولاية فلها الكراء من يوم سكن قال محمد بن عمر انما هو أحد وجهين اما أن يكون الكراء ليس من حق الزوجة فلا يعتبر في ذلك مالكة أمر نفسها أم مولى عليها واما أن يكون من حقها فلا يسقط لمالكة نفسها ولا مولى عليها وقد اختلف في ذلك قوله في المدونة والصواب وجوب الكراء اذ هو حق لها لم يسقطه كتاب ولا سنة * واختلف ان كانت الدار مكتراة بيد الزوجة فقال ابن القاسم لا شئ لها وهي بمنزلة منزلها وقال غيره ذلك لها وعليه الاقل مما اكتريت به أو كراء ذلك المسكن قال بعضهم والاول أبين ان كانت نقدت وان لم تنقد كان الامر مشكلا

وقد أجاب الشيخ أبو عبد الله بن عتاب بعض الحكام في قضية أشكلت بان قال ووجه الخلاص في هذا على ما كانت القضاة تفعله في شبه ذلك أن تكشف في الباطن عن ذلك فاذا انكشف لك أمر اجتهدت على حسب ما انكشف لك وفعلت ما يجب في ذلك فقد كانت القضاة رحمهم الله تعالى يستعينون بالكشف عن باطن القضية ولا يخرجون في ذلك عن الواجب (ومنها) قال مالك رضي الله تعالى عنه لا يفتي القاضي في مسائل القضاء وأما في غير ذلك فلا بأس به وكان سحنون رحمه الله تعالى اذا أتاه رجل يسأله عن مسئلة من مسائل الاحكام لم يجبه وقال هذه مسئلة خصومة من ابن يونس (ومنها) احضار العدول في مجلس قضائه قال المازري يؤمر القاضي بذلك ويتأكد الامر به على القول ان القاضي لا يحكم بعلمه فيما أقر به الخصم في مجلسه (ومنها) انهم قالوا لا يقضي القاضي الا بحضرة أهل العلم ومشورتهم لان الله تعالى يقول لنبيه صلى الله عليه وسلم وشاورهم في الامر قال الحسن البصري رضي الله تعالى عنه كان صلى الله عليه وسلم مستغنيا عن مشاورتهم ولكنه أراد أن تصير سنة للحكام قال أشهب الا أن يخاف المضرة من جلوسهم ويشتغل قلبه بهم وبالحذر منهم حتى يكون ذلك نقصا في فهمه فأحب الي أن لا يجلسوا اليه قال ابن سحنون عن أبيه لا ينبغي للقاضي أن يكون معه في مجلسه من يشغله عن النظر كانوا أهل فقه أو غيرهم فان ذلك يدخل عليه الحصر والاهتمام بمن معه وقاله مطرف وابن الماجشون قالا ولكن اذا ارتفع عن مجلس القضاء شاور (تنبيه) اطلاقهم المشاورة ظاهره كان عالما بالحكم أو جاهلا وفي الطرر لابن عات في الجزء الثالث لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه وهو جاهل لا يميز الحق من الباطل لانه اذا أشير عليه وهو جاهل بالحكم لم يعلم ان كان حكم بحق أو بباطل ولا يجوز أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا له حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه بدلالة تظهر له وفي شرح التلقين قال المازري القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لان ما فكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه تثق النفس به ما لا تثق بواحد اذا استبد برأيه ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه مقتضى أصول المذهب وفي ابن يونس قال سحنون اذا شهد العالم عند القاضي في شئ فأعياه الحكم فيه فأراد مشورة العالم في وجه الحكم في ذلك فلا يجوز له أن يستشيره فيما يشهد فيه وقال غير سحنون لا بأس بذلك وحكاه ابن رشد قال المازري ووجه قول سحنون ان التهمة تتصور في الفتوى كما تتصور في الشهادة لانه قد يتهم هذا العالم انه أراد أن يؤكد شهادته ويمضيها بقوله بما يقتضي امضاءها واذا عزم على الاستشارة فلا يشاور الا من يستأهل أن يشاور لعلمه ودينه ونظره ومعرفته بأحكام من مضى فان اختلفوا عليه نظر أشبه ذلك بالحق فأخذ به (ومنها) أنه اذا أشكل على القاضي أمر تركه وقال سحنون لا بأس أن يأمر فيه بالصلح قال ابن عبد السلام قد يشكل على القاضي كلام الخصمين وهذا مانع له من التصور

وأرى ان يحلفها انها لم تسكنه الا أن يكون هو الذى ينقد الكراء ويكون عليه الاقل من كرائها أو كراء المثل فى ذلك المسكن أو ما يحكم به عليه لها وان كان المسكن لابيها أو لامها كان كسكناها لاشئ لها مدة كونها فى العصمة لان العادة انه ذلك على وجه المكارمة وقد اختلف اذا طلقها ٣٠ فى دارها التى كان يسكن معها فيها فتبطله لخراج العدة فيها هل يحكم بها أم لا على قولين والاظهر منهما وجوبها عليه (وسئل) ابن رشد فيمن ساق لزوجته مالا ودارا فاستغل المال وسكن الدار الى أن مات (فقال) للمرأة ان ترجع فى مال زوجها فيما استغل من ذلك وأما سكناه فى الدار فلا كراء لها فيما عليه الا فى العدة التى لم تخرج فيها من الولاية على ما جرى به العمل من أحد قولى ابن القاسم فى المدونة وقال ابن الحاج اذا تزوج رجل امرأة ولها دار وأباح له والدها أو أمها أو وصيها السكنى فيها طول أمد العصمة دون خرج يلزمه والتزم أحدهم ضمان الدرك فى ذلك فى ماله وذمته فتوفى الضامن والزوجان فى قيد الحياة وعصمة النكاح فالواجب ان يوقف من تركته بقدر عمر أقل الزوجين عمرا كمسئلة المخدم والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وانظر ذلك فى صدر الوصايا الثانى ومسائل الخدمة حيث وقعت فى المدونة والعتبية قال وأحسن من هذا أن تلزم المرأة الاباحة ولا ترجع على الزوج والولى أبدا لان ذلك عرف جار فان أمتعت المرأة زوجها فى أرض أو كرم مدة الزوجية بينهما ثم انقضت الزوجية بموت أحدهما أو بطلاق فان كان الامتاع فى أرض وطلق الزوج بعد الحرث وقبل الزراعة فالزوجة مخيرة بين اعطاء قيمة حرثه وأخذ أرضها أو بين تركها بيده وأخذ كرائها وحكم ورثة من مات منهما حكم موروثه ان كان انقضاء الزوجية بينهما بالموت وان طلقها بعد ازدراع الارض فالزرع له ويلزمه من كراء العام بقدر ما بين وقت الطلاق أو الموت وبين وقت الحصاد

فيأمرهما بالاعادة حتى يفهم عنهما وقد يفهم عنهما ويشكل عليه وجه الحكم وهذا هو معنى قولهم اذا أشكل على القاضى أمر تركه ولا يحصل له الاقدام على الحكم باتفاق ثم للقاضى حينئذ أن يرشدهما للصلح قال والاقرب ان كان هناك قاض غيره صرفهما اليه لاحتمال أن لا يشكل عليه الحكم والله لم يكن فى البلد غيره أمرهما بالصلح ان كان من الاحكام المالية وغيرها التى يتأتى فيها الصلح وفى المتيطية اذا أشكل على القاضى وجه الحق أمرهم بالصلح فان تبين له وجه الحكم فلا يعدل الى الصلح وليقطع به فان خشى من تفاقم الامر بانفاذ الحكم بين الخصمين أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحم أقامهما وأمرهما بالصلح وقد أقام سحنون رجلين من صالحى جيرانه من بين يديه وقال استرا على أنفسكما ولا تطلعانى على سركما وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ردوا القضاء بين ذوى الارحام حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث الضغائن وفى الطرر لابن عات قال بعضهم انما يجوز للقاضى أن يأمر بالصلح اذا تقاربت الحجتان من الخصمين غير ان أحدهما يكون ألحن بحجته من الآخر وتكون الدعوى فى أمور درست وتقادمت وتشابهت وأما اذا تبين للحاكم موضع الظالم من المظلوم لم يسعه من الله تعالى الا فصل القضاء وقال مالك رضى الله تعالى عنه ولا أرى للوالى أن يلح على أحد الخصمين أو يعرض عن خصومته لاجل أن يصالح وقال محمد بن الحسن لا ينبغى للقاضى أن يردهم أكثر من مرتين ان طمع فى الصلح فيما بينهم فان لم يطمع بذلك أنفذ بينهم القضاء وقال بعضهم قول عمر رضى الله تعالى عنه ردوا القضاء بين ذوى الارحام محمول على انه انما يجب أن يردهما ما لم يجب الحق لاحدهما فاذا وجب الحق لم ينبغ للقاضى أن يؤخر انفاذه (ومنها) أنه اذا طال الخصام فى أمر وكثر التشغيب فيه فلا بأس للقاضى ان يحرق كتبهم اذا رجا بذلك تقارب أمرهم واستحسن مالك رضى الله تعالى عنه ذلك لما حدث أن قاضيا فى زمان أبان بن عثمان رضى الله تعالى عنه فعله ورواه عنه ابن القاسم هكذا ذكره فى المتيطية وذكر فى مختصر الواضحة هذه المسئلة استشهادا بها على مسئلة وهى اذا حكم القاضى لرجلين بقضاءين فى شئ واحد فيقومان عند قاض غيره كل واحد معه حكم ذلك القاضى فى الشئ المتنازع فيه انه له قال فالحائز منهما أولى به الا ان يكون الحائز قد حكم له به أولا وفى قضية الثانى ما يفسخ ذلك فترد قضية الاول فان لم يحزه واحد منهما أولم يعلم الاول من الآخر فاعدل هما بينة فان تكافأتا والقضيتان مؤرختان فأولهما أولى الا أن يكون فى الثانية ما يفسخها فان كانت احداهما مؤرخة دون الاخرى فالمؤرخة أولى فان لم يكن تاريخ ولم يكن فى يد واحد منهما وأشكل الامر على الحاكم ورأى أن يقطع القضيتين ويستأنف الحكم فعل وهذا اذا كانتا جميعا صوابا فان كانت احداهما خطأ فلا اشكال فى ردها كان الحكم فيهما خطأ وذكر أنه سمع مالكا رضى الله تعالى عنه يقول فى قاض من قضاة المدينة أتى بكتب أقضية مختلطة قد تقادم شأنها واختلف أمرها فقطعها وأمر الخصمين بالاستئناف فرأيت مالكا

رضى الله تعالى عنه أعجبه ذلك ورأى انه قد أصاب وكذلك ينبغى للقضاة اذا رفعت اليهم أمور مشكلة ولم يجدوا لها مخرجا ان يفسخوها و يأمروهم بالابتداء

﴿ الفصل الخامس فيما يبتدئ بالنظر فيه ﴾ ويلزمه أن يكون أوّل ما يبتدئ به الكشف عن الشهود والموثقين فيتعرّف حال من لا يعرف حاله منهم ويفحص عن عدالتهم فمن كان عدلا أثبته ومن كان فيه جرحة أسقطه وأراح المسلمين من أذيته ولا يحل له أن يترك غير المرضى ينتصب للناس فانها خديعة للمسلمين ووصمة فى شعائر الدين وعليه أن يصرح بعزل هؤلاء ويسجل على شاهد الزور كتابا مخلدا بعد عقوبته وقد ذكرته فى باب التعزير فى القسم الثالث وكذلك يجب عليه الكشف عن المحبوسين فينظر فى أمرهم وفى مدة اقامتهم فى الحبس فقد يكون فيهم من طالت اقامته فتكون اقامته فى الحبس ظلما له ثم ينظر فى الاوصياء وأموال الايتام ويأمر من ينادى عن اذنه أنه قد حجر على كل يتيم لا ولى له وعلى كل سفيه مستوجب الولاية عليه وأنه من علم منكم أحدا من هذين النوعين فليرفع أمرهما الينا لنولى عليه ومن باع منهما بعد النداء فهو مردود وفى مختصر الواضحة انه يأمر مناديه ينادى أن كل يتيم لم يبلغ لا وصى له ولا وكيل وكل سفيه مستوجب للولاية فقد منعت الناس مداينته ومتاجرته ومن علم منكم مكان واحد من هؤلاء فليرفعه الينا لنولى عليه ونحجره فمن داينه بعد منادى الامام أو باع منه أو ابتاع فهو مردود وقد يكون فعله مردودا أيضا قبل نداء الامام اذا كان متصل الولاية من يوم بلغ والنداء يجمع له الامرين جميعا ﴿ تنبيه ﴾ وهذا النداء فى حق السفيه انما يكون على مذهب من يرى ان أفعال السفيه جائزة ما لم يول عليه أو يضرب على يده وهو مروى عن مالك وعليه أكثر أصحابه وأما على مذهب من يرى ان أفعاله مردودة وهو مذهب ابن القاسم ومطرف فلا يحتاج الى هذا النداء المذكور ﴿ مسئلة ﴾ قال ابن حبيب أخبرنى أصبغ عن ابن القاسم فيما رفع الى القضاة من أموال اليتامى أن الذى يفعله بعض القضاة من تضمينها الرجال يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها خطأ وحرام لا يحل ولكن يستودعها لهم من يوثق به وان رأى القاضى أو الوصى أن يدفعها الى من يتجر لهم فيها أو يقارض لهم على وجه النظر فذلك حسن وانظر فى القسم الخامس فى توقيف مال اليتيم ما أحدثه قضاة القيروان ﴿ مسئلة ﴾ فان لم يجد وتجر فيها الوصى لنفسه أو الذى يستودعها القاضى اياه فلا بأس بذلك ان كان له مال أو وفاء والتنزه عنه أفضل وقال ابن الماجشون من تعدى فى مال فى يديه بوديعة أو نحوها فتجر فيها وهو ملىء أو مفلس فالربح له وهو ضامن للمال فى ماله وذمته لا فى ولى اليتيم اذا كان مفلسا وتجر فى مال يتيمه لنفسه فان مالكا رضى الله تعالى عنه قال ان تلف بذلك المال صار له ضامنا فى ذمته لتجره به وان ربح فالربح لليتيم لانه كالناظر له فى نفسه وماله فلم يكن من النظر له أن يتجر لنفسه فى ماله ولا وفاء عنده به وان كان له به وفاء وكان ظاهر الملاء فالربح له سائغ قال ابن حبيب قال لى ابن الماجشون وأنا أقول به وقد أباه المغيرة

تنسب تلك المدة من العام و يؤخذ منه من الكراء على قدر تلك النسبة وحكم ورثته حكمه فى ذلك كله وان كان انقضاء الزوجية بموت الزوجة فيلزمه من الكراء على قدر تلك النسبة لكن يسقط عنه مقدار حظه اذ هو من الورثة و يؤخذ بالكراء على النسبة المذكورة فى حظوظ الورثة لا غير وهذا هو القول الجارى على القياس وقد قيل ان الزرع للزوج ولا كراء عليه حملا على ما قيل فى الحبس والعمرى وقد قيل ان كان ابان الزراعة باقيا فعليه كراء الارض كاملا وان كان قد فات فلا شئ عليه حملا على الاستحقاق وان انقضت الزوجية بعد الحصاد فلا خلاف ان ذلك للزوج أو لورثته من غير شئ يلزمه وان كان الامتاع فى كرم فان انقضت الزوجية بما ذكر بعد بدوّ الصلاح فالغلة للزوج أو لورثته وان انقضت قبل بدوّ الصلاح فالغلة للزوجة أو لورثتها وبدوّ الصلاح ان تظهر الحلاوة فيه ويجوز بيعه وهكذا حكم الحبس والعمرى المراعى فيهما بدوّ الصلاح وظهور الطيب وكذلك حكم الاستحقاق والرد بالعيب وفى البيع الفاسد وفى الشفعة وفى التفليس المراعى فيها كلها بدوّ الصلاح على أحد قولى ابن القاسم فى المدونة الا أن الزوج متى كانت الغلة للزوجة أو لورثتها الا يرجع بما سقى وعالج فى الامتاع اذا كان قد طاع فى عقد الامتاع على العادة فى ذلك والشرط به لا يجوز والطوع لا يوجب ان يرجع به ولو سكت عن ذلك فى العقد لحمل على الطوع الجائز أو العادى ان كانت عادة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك ان كان الامتاع فى ثمرة فان انقضت الزوجية بعد ان بدا طيبها فهى للزوج وان كانت قبل ان تطيب فهى للزوجة أو لورثتها وان كانت أبرت وهى محمولة على الاستحقاق ولا يكون للمستحق منه فى الثمرة حق الا ان تطيب وأما قبل ذلك فهى لصاحب الارض وقد قيل

وغيره من أصحابنا وقالوا المفلس والموسر في ذلك سواء وولي اليتيم في ذلك كغيره قال عبد الملك وبهذا قال المصريون وهو قول العامة وقول مالك فيه أحب الي وبه أقول

﴿مسئلة﴾ وقد قال مالك لا بأس لوصي اليتيم أن يناول المسكين من مال اليتيم الكسرة وخلق الثوب والفلوس أو يمر به سائل وهو في حائطه أو في حرثه فيناوله الثمرات والقبضة من الطعام والشربة من اللبن هذا وما أشبهه حسن ترجى بركة ذلك لليتيم ولماله من مختصر الواضحة لفضل بن مسلمة

﴿الفصل السادس في سيرته مع الخصوم﴾ وينبغي له أمور (منها) انه اذا احضر الخصمان بين يديه فليسو بينهما في النظر اليهما والتكلم معهما ما لم يتعد أحدهما فلا بأس أن يسوء نظره اليه تأديبا له ويرفع صوته عليه لما صدر منه من اللدد ونحو ذلك وهذا اذا علم الله تعالى منه أنه لو كان ذلك من صاحبه فعل به مثل ذلك ويحض ما عندا بتداء المحاكمة على التؤدة والوقار ويسكن جاش المضطرب منهما ويؤمن روع الخائف والحصر في الكلام حتى يذهب عنه ذلك وليقعدهما بين يديه ضعيفين كانا أو قويين أو ضعيف مع قوي ولا يقرب أحدهما اليه ولا يقبل عليه دون خصمه ولا يميل الى أحدهما بالسلام فيخصه به ولا بالترحيب ولا يرفع مجلسه ولا يسأل أحدهما عن حاله ولا عن خبره ولا عن شئ من أمورهما في مجلسهما ذلك ولا يساررهما جميعا ولا أحدهما فان ذلك يجرئهما عليه ويطمعهما فيه وما جر الى التهاون بحدود الله تعالى فممنوع وأجاز أشهب أن يساررهما جميعا في السر ولا يكتب اليهما ولا لأحدهما وان احتاج الى ذلك أحدهما ما دامت الخصومة الا أن يجمعهما في الكتاب أما اذا كان السر في خصومتهما فيكره عند أشهب أيضا ولو جمعهما فيه لان الحكم لا يكون الا بالاعلان وذلك مما يوهن الحكم ويضعف نفس الآخر ويوهنه ويوقع الظنة بالقاضي * واذا سلم عليه خصمان لم يزد على أن يقول وعليكم السلام فان زاد أحدهما في ذلك لم يزد القاضي على رد السلام شيأ من النظر قال أصبغ في الواضحة يسوي بينهما وان كان أحدهما ذميا فان أبى ذلك المسلم وهو الطالب فلا يحكم له ولا ينظر في أمره حتى يتساويا في المجلس ويرضى بالحق فان كان هو المطلوب قال القاضي للمسلم اما أن تساويه في المجلس والا نظرت له وسمعت منه ولم ألتفت اليك ولم أسمع منك فان فعل نظر له قال أبو الحسن المتيطي وقيل لا يسوي بينهما القول النبي صلى الله عليه وسلم لا تساووهم في المجلس قال المازري واستحسن بعض أشياخي تمييز رتبة المسلم على الذمي لنهيه عليه الصلاة والسلام ان يساوي بين المسلم والذمي في المجالس وذكر ان عليا رضي الله تعالى عنه خاصم يهوديا عند القاضي شريح فجلس علي رضي الله تعالى عنه في صدر المجلس وجلس شريح والذمي دونه وقال علي لولا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مساواتهم في المجالس لجلست معه قال المتيطي وأرى أن يجلسا جميعا بين يديه ويتقدمه المسلم بالشئ اليسير قال والى هذا ذهب اللخمي وبعض العلماء المتقدمين قال

انها لا تكون له الا ان قطعها وقيل الا ان تيبس واما قبل ان تطيب فهي للمستحق قولا واحدا والثمرة محمولة على ذلك ولا عبرة في ذلك بالابار بخلاف البيع (فان) اشترط الزوج لنفسه كسوة تخرجها له الزوجة أو وليها الباسه على ما جرت به العادة (قلت مانصه) والتزم والد الزوجة أو وليها فلان أن يخرج للزوج عند بنائه بالزوجة رسم لباسه جبة قيمتها كذ وغفارة صفتها كذا وكذا وقميصا وكذا سراويلات التزاما تاما في ماله وذمته وحكمها حكم الصداق تثبت بثبوته وتسقط بسقوطه واذا وقع التزام ذلك من الزوجة في عقد النكاح كما ذكر فلابد ان يكون في الصداق زيادة على قيمة ذلك مقدار أقل الصداق فأكثر والا فسد النكاح لأنه يكون نكاحا بلا صداق وذلك عطية للزوج تثبت له بثبوت الصداق عليه وتسقط بسقوطه عنه * فان لم يقع التزام ذلك وذكره في كتاب الصداق وأخرجت المرأة ذلك في شوارها كالغفارة والقمص وغيرها وربما لبس ذلك الزوج وربما لم يلبسه وذهبت الزوجة أو وليها الى أخذ ذلك ويزعمون انها كانت عارية وانما فعلت على طريق التزيين لا على طريق العطية فقال ابن رشد ان كان في تلك الثياب عرف في البلد جرى به العمل واستمر عليه الامر حكم به وان لم يكن في ذلك عرف معلوم فالقول قول المرأة أو وليها فيما يدعيانه من انها عارية أو على وجه التزيين * وما أرسله الزوج الى زوجته من حلي أو ثياب او غير ذلك فان أرسل ذلك على وجه الهدية وأعان بها ولم يذكر غير ذلك ولا رأى انه يريد غيرها لم يكن له في شئ من ذلك قبل الدخول ولا بعده الا ان يفسخ قبل البناء فله ما ادرك من هديته وكذلك ما اهداه لوليها او قريبها تطوعا لا شئ له فيه وان سماها عارية اذا أرسلها وقبلتها الزوجة على ذلك فهي على ما سمى وأما ان سكت اذا ارسلها فانه ينظر الى

مطرف وابن الماجشون ولا ينبغي للقاضي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا في مجلس قضائه ولا في خلوته لا وحده ولا في جماعة وان كان للذي بينه وبينه خاصا حتى تنقضي خصومتهما الا أن يجلس خارجا في مجلسه الذي يجلس الناس معه فيه في غير مجلس قضائه فلا بأس أن يجلس فيه أحد الخصمين ان شاء ولا ينبغي له أن يضيف أحدهما أو يخلو معه أو يقف معه فان ذلك مما يدخل عليه سوء الظن به واذا أراد الاحسان الى أحدهما وصله حيث هو الا أن يضيف الخصمين جميعا فلا بأس بذلك ولا ينبغي له أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر الا أن يظهر له اللدد من الخصم الغائب أو لا يعرف وجه خصومة المدعي فلا بأس أن يسأله عن ذلك ليعرف حقيقة أمره قاله المتيطي (ومنها) أنه لا بأس أن يلقن أحدهما حجة عمي عنها وانما كره له أن يلقنه حجة الفجور وصورة ذلك أن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته ولا يقول لمن له المنفعة قل له كذا وقال أشهب للقاضي أن يشد عضد أحدهما اذا رأى منه ضعفا أو يراه يخافه لينشط وينبسط أمله في الانصاف وقال ابن عبد الحكم لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها وخالف سحنون أشهب وابن عبد الحكم فيما قالاه وقال ابن الماجشون ينبغي للقاضي تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه ان غفل ولا ينبه بعضا دون بعض من مفيد الحكام واذا أقر أحد الخصمين فليقل لخصمه هات قرطاسك أكتب لك قوله ولا ينبغي له ترك ذلك وليفعل ذلك بجميع الخصوم (ومنها) في معين الحكام قال محمد بن حارث في محاضره يجب على القاضي أن يقول للطالب من أين وجب لك ما ادعيت فان قال من سلف أو بيع أو ضمان لم يكلفه أكثر من ذلك اه يعني والله أعلم ان القاضي لا يكلفه أن يذكر له كيف كان عقد السلف وأي شئ كان المدفوع اليه أو كيف كان عقد البيع وزاد ابن راشد فيما نقله عن ابن حارث قال واذا ذكر المدعي دعواه ولم يكشف القاضي عن وجه ذلك فتلك غفلة منه أو جهل بوجه الحكم لانه اذا أبهم ذلك قد يكون من وجه لا يحل فيكون القاضي بترك ذلك كالخابط خبط عشواء يعني في الامور على رأى أهلها وهم الجهال الذين لا يعرفون حلالا ولا حراما قال ابن راشد وظاهر كلامه هذا ان ذلك لازم للقاضي وان لم يسأله المطلوب وفي القسم الثالث في ذكر الدعاوى في الشرط الاول من شروط صحة الدعوى شئ من هذا المعنى من كلام المازري فتأمله مع هذا قال ثم يقول القاضي للمطلوب أجبه فان أبى أن يجيبه جوابا مفسرا اضطره الى ذلك فان قال دعني أتثبت وأتفكر فيما تفكرته أجبت به فمن حقه ان القاضي يمهله لذلك ويضرب له فيه أجلا غير بعيد (ومنها) انه يحكم بين الخصوم الاول فالاول ويقدم المسافرين والمضرورين ومن له مهم يخاف فواته فان كان يشق عليه معرفة الاول فالاول فانه يأمر من يكتب أسماءهم على ترتيب وصولهم ويدعو الاول فالاول قال المازري واذا قلنا انه يبدأ بالاسبق فالاسبق فقد قال بعض أصحاب الشافعي ان الاول يقدم في خصامه مع واحد فقط لا في

دعواه فيها فان ادعى أنها عارية فان أقام بينة انه أشهد بها سرا حين أرسلها فهو على ما أشهد وان لم تقم بذلك بينة فلا شئ له فيها وان ادعى أنه أرسلها لتحسب له من صداقها فانه يحلف على ذلك وتكون المرأة مخيرة بين أن تصرفها عليه أو تحسبها من صداقها وان ادعى أنه أرسلها هدية ليكافأ عليها فانه ينظر الى حال البلد فان كان المتعارف عندهم حين يهدون الى نسائهم يكافؤ عليها كان القول قوله وان لم يكن في البلد سيرة بذلك وروى ان الهدية انما كانت من الزوج الى زوجته ابتغاء المكافأة وعرف ذلك كان القول قوله وان لم ير في وقت الهدية ما يدل على ارادته التي ذكر لم يكن له قيام فيها وفي المدونة ليس بين المرأة وزوجها ثواب الا أن يعلم ارادة ذلك وقال مالك رضي الله تعالى عنه ليس في الدنانير والدراهم ثواب ولا يقبل ذلك ممن ادعاه فيها وقال ابن عبد الحكم اذا روى فيها الثواب كان ممن ادعاه (وسئل) ابن زرب عن الذي يفعله الناس اذا تزوج الرجل أهدى اليه اخوانه الجزور وغير ذلك ثم يقول الباعث عند بنائه انما بعثته لكون من بعثت اليه شيأ اذا تزوجت أن يبعث الي بمثل ما بعثت اليه (فقال) لا أدرى ما هذا ولا آمر به وهو مما ينبغي أن يحكم به بين الناس لانه من الاشياء التي يرى انه لم يرد بها الثواب في الوقت وانما هو رجل يدعي ذلك ولعله لا يكون ليس هذا شئ ولا أرى فيه ثوابا فان اشترط وروى أنه انما بعثه على هذا الشرط كان له الرجوع بقيمة ما بعث حالا على المبعوث اليه * وسئل عنها اسحاق بن ابراهيم فقال ليس في الهدايا والتحف مكافآت ولا مثوبة الا لمن اشترطها عند ارسالها (وأما) هدية العرس وهي ما جرى العرف ان الازواج يهدونها عند الاعراس فاختلف فيها قول مالك فمرة رأى القضاء بها لان العرف كالشرط الا أنه أبطلها في الموت والطلاق ومرة لم ير القضاء بها قال ابن القاسم

[illegible] في الطلاق وغيره الا ان تفوت فلا يكون له منها شئ قال واما
هدية الاملاك فلا يقضى بها ولا يكون له منها شئ في الطلاق وان أدركها قائمة ولا فرق بينهما الا من جهة العرف فلو انتقل
العرف لانتقل الحكم بانتقاله وما اشترط على الزوج من جزور ولحم وغيره فلازم له قاله ابن مسعدة الجازى
وهو للمرأة وقال غيره ان طلق
قبل البناء فنصفه للزوج وان
ابتنى فيلزم المرأة أن تصنع به
طعاما لانه عرف الناس على
ذلك يشترطونه وهو ان طلق
قبل البناء كالمهر والله الموفق

﴿ انكاح الاب ابنته الثيب
البالغ التى فى حجره ﴾

تبدأ بالخطبة ثم تقول وبعد فهذا
كتاب نكاح انعقد بين فلان
وفلانة على صداق كذا النقد
منه كذا اقبضه للزوجة والدها
اذ هي في حجره يجهزها به اليه
وصار بيده وابرأ منه الزوج
فبرئ والكالئ كذا مؤخرا
الى أجل كذا * وان شئت قلت
وبعد فهذا ما اصدق فلان
زوجته فلانة اصدقها على بركة
الله تعالى كذا وكذا نقدا
وكالئا النقد منه كذا والكالئ
كذا وتبنى على ما تقدم
فى الشروط وغيرها ثم تقول
انكحه اياها أو انكحها اياه
باذنها ورضاها وتفويضها
ذلك اليه والدها وهي ثيب
خلو من الزوج والعدة حل
للنكاح وتضمن الشهادة
عليها وعلى الزوج والولى
الوالد لانتهم بما فيه عنهم
من أشهدوه به وعرفهم وهم
بحال صحة وطوع وجواز الا
الزوجة فجواز فعلها فى النكاح
خاصة وفى تاريخ كذا ﴿بيان﴾ ذكرنا في هذا ان النكاح انعقد بينها وبين الزوج لان الشهادة وقعت يجيزه
عليها بخلاف البكر التى يزوجها أبوها وقولنا باذنها ورضاها وتفويضها ذلك اليه لان الثيب لا يجبرها والدها على النكاح
ولا يزوجها الا برضاها قال اللخمى الا أن يظهر منها الفساد فيجبرها والدها على النكاح أو وليها والاحسن ان كان الولى

سائر مطالبه مع خصومه قال وهذا عندى مما ينظر فيه فان سبق بخصمين سائر المتخاصمين
ففرغ من طلب أحدهما ثم أراد أن يخاصم الآخر وذلك مما لا يطول ولا يضر بالجماعة
الذين بعده فانه قد يمكن من ذلك كما لو خاصم الاول وطال خصامه معه فانه ليس من حق
الذين أتوا بعده أن يمنعوه وربما كان خصام الاثنين كخصام واحد تطول معه مخاصمته
(ومنها) اذا اقر أحد الخصمين صاحبه على ما يدعيه ألزمه الجواب بالاقرار أو الانكار
فان امتنع من الجواب أمر القاضى بضربه بالدرة على رأسه حتى يجيب وسيأتى الكلام على
ذلك فى فصل يختص به (ومنها) اذا شتم أحد الخصمين صاحبه زجره قال ابن الماجشون
ومطرف واذا أسرع اليه بغير حجة مثل قوله يا ظالم يا فاجر ونحو ذلك زجره عنه ويضرب
فى مثل هذا الا أن تكون فلتة من ذى مروءة فينهاه قال ابن عبد السلام فى قول ابن
الحاجب ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين اذا أساء على الآخر بما يستحقه ظاهره هذا
أن القيام والحق فيه لله تعالى فلا يحل للقاضى تركه لان الاسباب انتهاك لحرمة مجلس
القاضى والحكم الا أن الفقهاء لا يعدون تكذيب أحدهما للآخر من السباب ولو كان
بصيغة كذبت وشبهها من الصريح وفى البيان خلافه وقد ذكرته فى باب التعزير (ومنها)
اذا قال الخصم للشاهد شهدت على بالزور وقصد أذاه نكل بقدر حالهما وان كان انما
عنى ان الذى شهدت على به باطل لم يعاقب يعنى أنه باطل فى نفس الامر لكونه أدى الدين
المشهود به عليه مثلا وليس له بينة على الاذى ونحو ذلك وكذلك يؤدب أحد الخصمين اذا
أساء على الشهود أو أهل الفتوى أو عرض لهم بما يؤذيهم أدبا موجعا قاله ابن لبابة وابن
غالب وابن وليد وغيرهم ويلزمه أن يأمر الخصمين اذا جاء الشهود لاداء الشهادة عليهما
بالسكوت وأن لا يتعرضا للشهود بتوبيخ ولا تعنيت فان فعلا ذلك أو فعله أحدهما بعد
النهى أدب والعقوبة فى ذلك بحسب القائل والمقول له والقول وانما يمكنه من اثبات
القدح فى شهادته خاصة على ما سيأتى بيانه وفى مفيد الحكام لابن هشام ان من شتم رجلا
فى مجلس الحاكم ضرب عشرة أسواط (ومنها) اذا نهى الحاكم أحد الخصمين عن الكلام
فلم يفعل وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ويمنعه من الكلام ويكثر معارضته فى كلامه أمر
القاضى بادبه من مفيد الحكام (ومنها) ان الشاهد اذا غلط فى مجلس القاضى فى نص
الشهادة فعلى القاضى أن يأمر الخصمين أن لا يعرضا له لا المدعى بتلقين ولا المدعى عليه
بتوبيخ فان فعل أحدهما ذلك بعد النهى أمر بادبه قاله سحنون وكان سحنون اذا غلط
عنده الشاهد فى شهادته أعرض عنه وأمر الكاتب أن لا يكتب وربما قال له تثبت ثم
يردده فاذا ثبت على شهادته أمر كاتبه فكتب لفظ الشهادة ولا يزيد ولا ينقص ولا يحسن
الشهادة (ومنها) قال اشهب عن مالك فى الحاكم يكتب الشهادة أو الامر يريده من الخصمين
فى كتاب ويختمه ويدفعه الى صاحبه ثم يؤتى به فيعرفه بخاتمه أترى أن يجيز ما فيه بغير بينة
على أنه خاتمه فقد تمثل الخواتيم قال هو أعلم وأحب الى أن يكون الكتاب عنده قال أصبغ

غير الوالد أن يرفع أمرها الى الحاكم ليزوجها ممن يصلح بها وكذلك اذا طلقت الثيب لها أن تسكن حيث شاءت الا أن يخاف عليها الضيعة فيمنعها والدها من ذلك ويردها اليه * والثيوبة المسقطة للاجبار هي ما كانت من نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده أو على وجه الملك كان الملك صحيحا أو فاسدا واختلف ان كانت من زنا أو غصب فقال في المدونة تجبر كالبكر قال القاضي عبد الوهاب الغصب والطوع سواء يجبران وقال ابن الجلاب الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تجبر قال اللخمي أرى أن يكون كالثيب بنكاح ولا تجبر لوصول العلم لها بما يراد منها من ذلك ولمباشرتها فلا فرق بين أن يكون ذلك عن حلال أو حرام وتكون كالبكر في صفة الاذن فيكون اذنها صماتها مثل البكر لانها تستحيي أن تقول نعم لما سبق مما تعذر به في النطق * فان سقطت عذرتها بغير وطء معين فهي كالعذراء سواء باتفاق وفي نوازل ابن الحاج العذرة تذهب بها الوثبة والحيضة والتعنيس واختلف في البكر غير البالغ يزوجها والدها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها قبل أن تحيض هل له جبرها على النكاح بعد ذلك أم لا على ثلاثة أقوال أحدها ان له جبرها ما لم تحض عنده وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك والثاني ان له جبرها وان حاضت عنده وهو قول سحنون والثالث انه لا يجبرها على النكاح وان لم تبلغ ويرتفع الاجبار مع بقاء البكارة اذا طال مقامها عند الزوج مدة يحصل لها العلم بحال الرجال مع النساء واختلف هل لذلك حد فقيل لذلك حد وهو سنة وقيل لا حد له الا ما يرى انها قد علمت ما تعلمه الثيب وهو أحسن * وقولنا خلو من الزوج والعدة لئلا تدعي بعد ذلك انها في عصمة زوج آخر أو انها حامل ولم يأتها الحيض تريد بذلك فسخ هذا النكاح فلا يقبل ذلك منها الا أن يثبت وان سقط ذلك من العقد فين

يجيزه اذا عرفه وعرف خاتمه من مفيد الحكام (ومنها) انه يمنع ذات الجمال والمنطق الرخيم ان تباشر الخصومة ويأمرها أن توكل وكيلا وقال المازري اذا كانت الدعوى على امرأة شابة ذات جمال وخاف عليها ان تكلمت أن يؤدي سماع كلامها الى الشغف بها فانها تؤمر ان توكل ولا يكون من حق الخصم أن يؤتى بها الى مجلس القضاء وان احتيج الى أن يبعث اليها وهي بدارها تخاطب من وراء سترها من يبعثه القاضي اليها ممن يؤمن في دينه فعل ذلك ويكلف القاضي من يثق بدينه وورعه النظر في أمرها وسماع حكومتها وقد أحضرت الغامدية الى النبي صلى الله عليه وسلم حتى أقرت بالزنا فأمر برجمها وقال عليه الصلاة والسلام في المرأة الاخرى واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فلم يأمر باحضارها اسماع ذلك منها ولعلها كانت على حال لا يحسن احضارها وخطابها بمحضر الناس (ومنها) أنه يجيب الغريم اذا سأله رفع غريمه ان كان في المصر أو فيما قرب منه فان كان بعيدا لم يأمر برفعه حتى يثبت الحق عنده ولو بشاهد والقرب قيل قدر ثلاثة أميال وتحديد ذلك مذكور في القسم الثالث في باب العقوبة بالسجن وفي تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام قال وينبغي له اذا سأله الطالب رفع غريمه أن يسأله عن الوجه الذي يستوجب به رفعه فان أظهر حجة أو قولا يوجب ذلك أجابه وان لم يظهره على شيء فلا يبعث لذلك أحد الاسيما في المواضع التي تبعد ولان حضور مجلس الحاكم يزري ببعض الناس فقد يكون له غرض في اذايته وذلك مذكور في القسم الثالث قال واذا كان على خصمه كلفة في ارتفاعه الى مجلس الحاكم فلا يبعث له الا بعد التوثق وقد كان سحنون لا يكتب بجلب أحد الا بعد أن يقيم الطالب عنده شاهدا عدلا أو من يزكي فاذا تعين عند القاضي رفع المطلوب نظر فان كان في المصر أو بقرية على الاميال اليسيرة كالثلاثة ونحوها دفع الى الطالب طابعا وأشخص معه عونا وأجرته تقدم حكمها في الفصل الثاني وان كان موضعه بعيدا فاختلف في ذلك فقيل يكتب برفعه والبعيد ما زاد على محل القرب فقيل ان كان بعيدا نائيا فلا يبعث اليه للقدوم وليكتب الى أهل العدل والامانة بموضعه فيأمر من يكتب اليه أن يجمع بين الطالب والمطلوب ويأمرهما بالتناصف فان أبيا فلينظر في دعوى الطالب فان رأى لها وجها ولم يتهمه بارادة تعنيته فليلزم المطلوب الشخوص مع الطالب والا لم يكلفه الشخوص معه حكى ذلك عن أصبغ قال وهذا اذا كان الموضع الذي يشخص اليه لا مؤنة فيه على المطلوب ولا على الطالب ولا على البينة فأما المكان البعيد من موضع القاضي فلا يكتب برفع المدعى عليه وليكتب الى من يثق به في فهمه ودينه أن ينظر فيما يدعي الطالب ويسمع من بينته وينظر في منافعهما وجميع أمورهما ثم يرفع ذلك الى القاضي ويخبره بما ثبت عنده أو رآه في قضيتهما لينظر فيه فاذا نظر القاضي فيما جاءه من الذي كتب اليه ورأى أن يكتب اليه بانفاذ الحكم فعل وان رأى أمرا يوجب رفع الخصمين فعل

الشيوخ في ذلك التنازع منهم من قال اذا لم يأت لها من الوقت الذي خليت فيه ما يتبين فيه الحمل ان النكاح يفسخ وبه قال ابن عتاب ومنهم من قال لا يقبل قولها في ذلك اذ لعلها قد ندمت في هذا النكاح وبه قال ابن العطار والقول الاول أقيس بالاصول اذ هي مؤتمنة على فرجها

(فصل) فان كانت ثيبا مالكة أمر نفسها وزوجها أبوها فتكتب في ذلك ما تقدم في الثيب التي في حجر والدها الا أنك تجعل قبضا لنقد البهاوتقول انكحها اياه باذنها ورضاها وتفويضها ذلك اليه والدها وهي ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح وتضمن الشهادة علها وعلى الزوج والولي ولا تستثني في جواز فعلها * واختلف متى تخرج ذات الاب من الولاية وتملك أمرها فقيل انها تخرج بالمحيض بكرا كانت أوثيبا وهي رواية زياد عن مالك وقيل اذا تزوجت ودخل بها زوجها وهو قول مالك في الموطأ والمدونة ورواية مطرف عنه في الواضحة واستحب مالك في قوله أن يحكم بذلك بعد البناء بالعام ونحوه اذا ظهر حسن حالها وقيل لا تخرج من الولاية الا اذا عنست ان كانت بكرا أودخل بها زوجها * وحد التعنيس فيها أربعون سنة وقيل من الخمسين الى الستين وقيل تخرج من الولاية اذا تزوجت وأقامت مع زوجها عامين وهو قول ابن نافع وقيل لا تخرج من الولاية الا اذا تزوجت ومر بها مع زوجها سبعة أعوام ويعزى هذا القول لابن القاسم وبه جرى العمل قال القاضي أبو الوليد الباجي لا يجوز فعل ذات الاب في مالها حتى يتم لها مع زوجها سبعة أعوام قاله ابن القاسم في بعض أسمعته وعليه العمل عند الشيوخ وقال ابن أبي زمنين الذي أدركنا عليه الشيوخ ان أفعالها لا تجوز ولا تخرج من الولاية الا اذا مضي لها في بيت زوجها من الستة الاعوام الى السبعة الاعوام وذلك ما لم يجدد السفه عليها

فان امتنع المطلوب من الشخوص مع الطالب كتب أمناء القاضي اليه بذلك فاذا بلغه ذلك كتب القاضي الى أمنائه يأمرهم بسد بابه وتعقل عليه ضياعه ويمنع من منافعه حتى يحضر مع غريمه قال ولا تشخص البينات والخصوم مع البعد كستين ميلا ونحوها (ومنها) ان من قام بشكية بغير حق أو ادعى باطلا فينبغي أن يؤدب وأقل ذلك الحبس لينسدفع بذلك أهل الباطل والدعن ذلك ذكره ابن سهل في شهادة السماع في الاحباس (ومنها) انه اذا لمز احد الخصمين بما يكره فقال له ظلمتني وأراد أذاه فليعزره اذا كان القاضي من أهل الفضل والعقوبة في مثل هذا أمثل من العفو هذا في اللمز وأما اذا صرح بالاساءة على القاضي فظاهر كلام مالك رضي الله عنه ان هذه المسئلة يجب فيها تأديب القائل قاله ابن عبد السلام قال ابن حبيب وينبغي له أن يعزر لنفسه لئلا يستهان به وليخف الناس بلزوم الحق واتباعه (ومنها) انه اذا توجه الحق لاحد الخصمين فتغيب خصمه فطلب من الحاكم رسولا يعينه على طلبه فيجب على الحاكم اجابته الى ذلك (ومنها) انه لا يسأل الخصمين اذا دخلا عليه من المدعي منهما بل يسكت حتى يبدأ أحدهما بالكلام وقال بعضهم يسألهما قال ابن أبي زمنين وهو شأن حكام العدل وقال المازري هو بالخيار ان شاء سكت عنهما حتى ينطلق أحدهما ويستدعي من القاضي الجواب وان شاء سألهما جميعا بلفظ التثنية فقال ما لكما وما حاجتكما ولا يخص أحدهما بسؤال لان سؤال أحدهما يشعر بعناية القاضي به وقبوله عليه دون خصمه والقاضي مأمور بالعدل بينهما في مدخلهما اليه فلا يأذن لاحدهما قبل الآخر وفي مخرجهما عنه فلا يصرف أحدهما قبل الآخر وفي لحظه وقبوله بوجهه عليهما وفي كلامه لهما * وقد نزل ضيف بعلي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه بخصم عنده فأمر ضيفه أن يتحول عنه من منزله واذا قلنا انه يبدأهما بالسؤال فان قال كل واحد منهما لست مدعيا أقامهما حتى يأتي أحدهما بخصمه فيكون هو الطالب فان تنازعا فيمن هو المدعي نظر الى الجالب فان لم يعرفه أولم تقم بينة لاحدهما أنه هو الذي دعا صاحبه الى الحاكم أمرهما بالانصراف فمن أبى الا المحاكمة فهو المدعي فان تنازعا معا أقرع بينهما وعلى القول ان القاضي بالخيار فيمن يبدأ منهما وان كان القول الاول أظهر فقد أشار ابن عبد الحكم مع هذا التخيير ان القاضي يبدأ بأضعفهما وحكى ابن المنذر قولين آخرين أحدهما أن يتركا الى أن يصطلحا والآخر أن يستحلف كل واحد منهما لصاحبه واستضعف المازري هذين القولين بأنهما قد لا يصطلحان وبأنهما قد يتنازعان فيمن يبدأ منهما باليمين وفي المجموعة ان أحد الخصمين اذا قال أنا المدعي وسكت الآخر فان للقاضي أن يسأل المدعى عليه اذا سكت الآخر عن انكار قوله انه هو المدعي قال وأحب الي ان لا يسأله القاضي حتى يسلم له الآخر نطقا (ومنها) أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه اذا أنكر الا باذن المدعي الا أن يكون من شاهد الحال ما يدل على انه أراد ذلك من القاضي * وقد ذكر عن بعض القضاة ان رجلا

ادعى

ادعى على آخر ثلاثين دينارا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي فقال الطالب لم آذن في هذه اليمين ولم أرض بها ولا بد أن تعاد اليمين فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارا كراهة أن يكلفه اعادة اليمين التي قضى عليه بها واذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو وكيله فان تغيب وثبت تغيبه عند القاضي أقام القاضي من يقتضيها (ومنها) في معين الحكام واذا ذكر المدعى دعواه كلف الخصم الجواب عنها مكانه ان فهمها وأحاط بها علما وان كان فيها اشكال أو طول أمهل بحسب ذلك فان امتنع بعد ذلك كله من الجواب أكره بالسجن والادب ويكون ذلك كله في فور واحد فان استلج في الاباية والتمادى عليها بعد ذلك كله منه اقرار أحق الطالب وقضى له بلا يمين (ومنها) اذا توجه الحق على المطلوب فسأل تأخيره أياما لينظر في ذلك أنظره القاضي بما يراه من ذلك على حسب اجتهاده هذا مذهب سحنون في تأخير الغريم بغير اذن رب الحق وهو دليل ما في كتاب الشفعة من المدونة في تأخير ثمن الشقص المستشفع فيه ثلاثة أيام وسيأتي هذا (ومنها) أنه اذا حبس الغريم المجهول الحال فادعى الفقر فلا يكلفه القاضي البينة بأنه لا مال له وانما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة به والمعرفة فان لم يجد له مالا حلفه وخلى سبيله قاله ابن رشد في البيان قال وهذا في مجهول الحال وأما الحبسه للتهمة أنه أخفى ماله فلا يكتفى الا بالبينة اهـ وأما معلوم الملاء فلا يقبل منه بينة الاذهاب ما بيده ذكره اللخمى (ومنها) أنه يستحب للقاضي أن يراقب أحوال الخصوم عند الادلاء بالحجج ودعوى الحقوق فان توهم في احد الخصمين انه أبطن شبهة أو اتهمه بدعوى الباطل الا ان حجته في الظاهر متجهة وكتاب الحق الذي بيده موافق لظاهر دعواه فليتلطف القاضي في الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه فان الناس اليوم كثرت مخادعتهم واتهمت أماناتهم فان لم ينكشف له ما يقدح في دعواه فحسن أن يتقدم اليه بالموعظة ان رأى لذلك وجها ويخوفه الله سبحانه وتعالى ويذكر قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل فان أناب والا أمضى الحكم على ظاهره وان تزايدت عنده بسبب الفحص عن ذلك شبهة فليقف ويوالى الكشف ويردده الايام ونحوها ولا يعجل في الحكم مع قوة الشبهة وليجتهد في ذلك بحسب قدرته حتى يتبين له حقيقة الامر في تلك الدعوى أو تنتفى عنه الشبهة من تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام لابي عبد الله محمد بن عيسى بن محمد بن اصبغ الازدى الشهير بابن المناصف رحمه الله تعالى (ومنها) قال المتيطى ينبغي للقاضي موعظة الخصمين وتعريفهما بأن من خاصم في باطل فانه خائض في سخط الله تعالى ومن حلف ليقتطع مال أخيه بيمين فاجرة فليتبوأ مقعده من النار ويعظ الشهود أيضا كما روى عن شريح انه كان يقول لمن يشهد عنده انما يقضي على هذا المسلم انما بشهادتكما واني متق بكما من النار فاتقيا الله والنار (ومنها) انه ينبغي له أن يسهل اذن البينات ولا يمطلهم فيتفرقوا فيعسر جمعهم وربما أدى ذلك الى فجر

الاب فان جدد عليها السفه قبل ذلك فالولاية لها لازمة حتى ترشد وبذلك كان يفتي ابن زرب واليه ذهب ابن العطار وقال أبو عمر الاشبيلي وابن العطار يقولان ان التحديد عليها السفه لا يجوز بعد تزويجها ولا يلزمها الا أن يتضمن عقد التحديد معرفة الشهود لسفهها فان ولى عليها الاب ثم تراخت مدته الى ان جاوزت السبعة الاعوام فهل تلزمها تلك الولاية أم لا في ذلك قولان أحدهما ان ذلك لازم لها كما لو جدد عليها السفه والثاني ان ذلك لا يلزمها كما لو ولى عليها وهي بكر ثم تزوجت وأقامت مع زوجها أكثر من سبع سنين ثم مات الاب ان الايصاء ساقط عنها وانظر اذا تزوجها بكرا ومات الاب قبل ان يتم لها مع زوجها سبعة أعوام هل تملك نفسها اذ ذاك أم حتى تقضي السبعة الاعوام ففي كلام بعضهم وما يدل عليه قولهم ما يقتضي انها لا تملك نفسها حتى تنقضي السبعة الاعوام والقول بأنها تملك نفسها له وجه من النظر لما فيه من الخلاف المتقدم

(انكاح الاخ أو غيره من الاولياء اليتيمة البكر البالغ المهملة وغير البالغ)

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة ابنة فلان أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا من سكة كذا نقدا وكالئا وهدية تشتمل على كذا النقد من ذلك كذا مع الهدية برسم الحلول على الزوج الى أن برأ منه بالبيان الواضح والكالئ كذا مؤخر عنه الى أجل كذا وتبنى على ما تقدم ثم تقول انكحه اياها باذنها ورضاها وتفويضها اليه في ذلك أخوها فلان شقيقها أو عمها فلان أو القاضي بموضع كذا وهي بكر بالغ في سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب فان كان الولي القاضي زدت بعد قولك بعد الاستئمار الواجب وثبوت ما أوجبه ثم تضمن الشهادة على الزوج والولي بما فيه عنهما من

صاحب الحق فيترك حقه أو بعضه بالمصالحة عنه لما يدركه من المشقة قال ابن سهل ولهذا رأيت بعض القضاة يأمر أول جلوسه بادخال البينة ويسمع منها قال وقد قال لي من حضرني ممن عني بالعلم كان فلان ابن فلان ممن امتحن بالخصومة وكان يقول نقل الجبال عنده أيسر من نقل البينة يعني الى مجلس الحاكم فاذا احضروا آنسهم وقربهم وبسطهم وسألهم عن شهادتهم فاذا كانت تامة قيدها وان كانت ناقصة سألهم عن بقيتها وان كانت مجملة سألهم عن تفسيرها وان كانت غير عاملة أعرض عنها اعراضا جميلا وأعلم المدعي انه لم يأت بشيء (ومنها) انه لا يسمع الدعوى في الاشياء التافهة الحقيرة التي لا يتشاح العقلاء فيها كعشر سمسمة قاله القرافي (ومنها) قال ابن سهل يجب على القاضي اذا حضر عنده الخصمان أن يسأل المدعي عن دعواه ويفهمها عنه فاذا كانت دعوى لا يجب بها على المدعى عليه حق أعلمه بذلك ولم يسأل المدعى عليه عن شيء وأمرهما بالخروج عنه وان نقص من دعواه ما فيه بيان مطلبه أمره بتمامه وان أتى باشكال أمره ببيانه فان صحت الدعوى سأل المطلوب عنها فان أقر أو أنكر نظر في ذلك وان أبهم جوابه أمره بتفسيره حتى يرتفع الاشكال وقيد ذلك عنهما ان كان فيه طول والتباس وان كان أمرا قريبا لم يحتج الى تقييده ولا يدع الحكام أخذ الخصوم بذلك وقال المازري اذا صدرت الدعوى من المدعي فهل يجب على القاضي أن يسأل المدعى عليه عن الجواب قبل أن يأذن له المدعي في ذلك أم لا * وقد ذكر ان عيسى بن أبان لما ولي قضاء البصرة وهو ممن عاصر الشافعي رضي الله تعالى عنه قصده اخوان كانا ممن يتوكلان في أبواب القضاة فادعى أحدهما شيئا على الآخر فقال القاضي للآخر أجبه فقال له المدعى عليه ومن أذن لك أن تستدعي الجواب مني فقال له المدعي لم آذن لك في ذلك فوجم القاضي فقالا له انما أردنا أن نعلمك مكاننا من العلم قال المازري رحمه الله تعالى وهذه مناقشة ليس تحتها كبير فائدة لان المفهوم من جهة العوائد وشواهد الحال ان احضار الخصم والدعوى عليه يغنيه عن النطق بسؤال القاضي والاصل انه لا يجب على القاضي استعلام ما عند المدعى عليه دون اذن من المدعي لكن العادة في مثل هذا تقوم مقام سؤال القاضي وهذا هو الظاهر من مذاهب العلماء وهو أظهر الروايات وان للقاضي أن يسأله وان لم يقل المدعي للقاضي اسأله لي الجواب اكتفاء بشهادة الحال ومعلوم ان ذلك مراد المدعي وان لم ينطق به (ومنها) ان الغريم اذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه ان كان عدلا فان تغيب شدد القاضي عليه في الطلب وأجرة الرسول على الطالب فان تغيب المطلوب وتبين لدده فالاجرة عليه ونحو ذلك للخمي وقال ابن الفخار لا يلزم المدعى عليه شيء والمرجح عندهم الاول انظر أحكام ابن سهل والمسئلة مبسوطة في باب القضاء بالنكول عن مجلس الحاكم وفي مفيد الحكام لابن هشام من استهان بدعوة القاضي

أشهداه به وعرفهما وبحال صحة وجواز وأشهد على القاضي فلان بما فيه عنه من أشهده به وأشهده الزوج بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز ثم تقول وحضر استثمار الزوجة وعاينها سافرة عن وجهها صامتة صمتا فهم منه الرضا بعد ان علمت بالنكاح والمهر وان أذنها في ذلك صماتها فصمتت راضية به وفي تاريخ كذا (بيان) قولنا في النقد الى ان يبرأ منه بالبيان ليرتفع الخلاف ويزول الاشكال فانه اذا لم يكتب ذلك في العقد ودخل وادعى الدفع ففي قول ابن القاسم لا يكون دخوله حجة في ذلك حتى يأتي بالبراءة منه والا غرمه وعلى قول سحنون يكون الدخول له حجة في ذلك ويكون القول قوله مع يمينه في الدفع لان أفعالها عنده جائزة وقد اختلف في أفعال البكر اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي على قولين أحدهما ان أفعالها كلها جائزة اذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في العتبية وقول غير ابن القاسم في المدونة ورواية زياد عن مالك رضي الله تعالى عنه والثاني ان أفعالها كلها مردودة ما لم تعنس أو تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة فيكون أمرها على الرشد قيل أقصاها العام وهو قول ابن الماجشون واليه ذهب ابن العطار في وثائقه وقيل الثلاثة الاعوام ونحوها قال ابن أبي زمنين الذي أدركنا عليه الشيوخ انه لا تجوز افعالها حتى يمر عليها في بيت زوجها مثل السنتين والثلاث * وفي حد التعنيس خمسة أقوال أحدها ثلاثون سنة وهو قول ابن الماجشون والثاني أقل من الثلاثين وهو قول ابن نافع والثالث أربعون سنة وهي رواية او مطرف عن مالك واصبغ وابن القاسم والرابع من الخمسين الى الستين وهي رواية سحنون عن ابن القاسم والخامس ان تقعد عن المحيض وهي في المدونة عن مالك رضي الله تعالى عنه فان كان صداقها عرضا مما تجهز به فليس في قبضها براءة الزو.

أوالحاكم ولم يجب ضرب أربعين (ومنها) انه ينظر فى دعوى المدعى فان كانت مسموعة أمر المدعى عليه بالجواب وان كان فى دعواه طول أمره بتقييد مقالته ثم يأمر المدعى عليه برد الجواب فى الحال ان كان ممن يفهمها والا أنظره بقدر ما يرى انه يفهمها وان كانت طويلة مشتملة على فصول وسأل المدعى عليه أن يكتب له بها نسخة ليفهمها أجيب الى ذلك وان كانت ألفاظها يسيرة مفهومة لم يجب الى ذلك (ومنها) قال ابن المواز رحمه الله تعالى وان سأل المشهود عليه أن تنسخ له شهادات الشهود فذلك له لانه قادر على أن يسألهم ويذكرهم فان ذكروا ما ذكرهم فعليهم أن يرجعوا ولا يضر ذلك شهادتهم الاولى الا أن يرجعوا عن شئ فيها فيقبل منهم رجوعهم ما لم يحكم بها من رسالة القضاء (ومنها) انه ينبغى له أن يمنع من رفع الصوت عنده فان ذلك مما يبرمه ويضجره ويحيره (ومنها) فى مختصر الواضحة وينبغى للقاضى اذا شهد الشاهد عنده أن يكتب شهادته واسمه ونعته وقبيلته ومسكنه ومسجده الذى يصلى فيه والسنة والشهر الذى شهد فيه ثم يرفع ذلك عنده ويرفعه فى ديوانه فقد يحتاج المشهود له الى شهادته فربما زاد الشاهد فيها أو نقص وفائدة تسميته ونعته انه لا يتسمى له أحد غير اسمه ممن هو فى الناس عدل اذا سأل عنه وبعث بالسؤال الى مسجده ومسكنه بالاسم والنعت والنسب (ومنها) انه لا يحلف الشاهد لانه ان كان عدلا فانما تجوز الشهادة بعدالته وان كان غير عدل فيمينه لا تجيز شهادته وسيأتى فى باب القضاء بالسياسة فى باب الاقضية ذكر تحليف الشهود

(تنبيه) فى مختصر الواضحة ولا ينبغى للقاضى أن يجيز بين الناس شهادات وجدها فى ديوانه لا يعرفها الا بطوابعها ولكن ان كان خطها هو بنفسه أو خطها كاتبه وكان عنده عدلا مأمونا ولم يستنكر شيأ فلينفذها قاله مطرف وأصبغ وابن الماجشون وقاله ابن حبيب

(مسئلة) قال ابن حبيب رحمه الله تعالى أخبرنى أصبغ عن أشهب عن مالك رضى الله تعالى عنه انه سئل عن القاضى يكتب شهادة القوم فى الكتاب يريد من أمر الخصمين ثم يختم عليه ويدفعه الى صاحبه ثم يؤتى به فيعرفه بخاتمه أترى أن يجيز ما فيه بغير بينة لانه خاتمه والخواتم ربما عمل عليها فقال مالك رضى الله تعالى عنه هو أعلم وأحب الى أن يكون الكتاب عنده وقد كان الكثيرى لا يلى كتبه غيره وقال لى اصبغ وأرى أن يجيزها فى الكتاب اذا عرفه وعرف خاتمه

(مسئلة) قال ابن الماجشون رحمه الله تعالى العمل عندنا أن يسمع القاضى من بينة الخصم ويوقع شهادتهم حضر الخصم أو لم يحضر فاذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم فان كان عنده فى شهادتهم مدفع أو فى عدالتهم مجرح أطرده ذلك والا ألزمه القضاء وان سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك ولا ينبغى للقاضى أن يجيبه الى ذلك ولو سأله الخصم ابتداء أن لا يسمع من بينة صاحبه اذا أتى بها الا بمحضره فان خشى القاضى عليه دلسة او استرابة ورأى ان اجتماعهم أجمع للفصل وأبرأ من الدخل فليجبه وان

عنه خلاف ولا تزوج بأقل من صداق مثلها الا برضاها وفى رضاها بأقل من صداق المثل قولان * وقولنا بالغ فى سنها الان غير البالغ لا يزوجها الا الاب أو وصيه الذى جعل له الاب ذلك ولا يجوز لغيرهما تزويج غير البالغ فى مذهب مالك رضى الله تعالى عنه الذى رجع اليه وروى عنه ابن القاسم فى العتبية انها اذا خشيت عليها الضيعة وكانت فى سن من يوطأ مثلها ورضيت بالنكاح انه جائز عليها وقيل يجوز تزويجها ويكون لها الخيار اذا بلغت قال ابن بشير واتفق المتأخرون ان تزويجها قبل البلوغ جائز اذا خيف عليها الفساد وعلى المشهور اذا وقع فانه يفسخ وان بلغت ما لم تدخل وقال ابن رشد اختلف اذا تزوجت قبل البلوغ من غير حاجة تدعو الى ذلك اختلافا كثيرا فقيل ان النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده وان طال وولدت الاولاد ورضيت بزوجها والى هذا ذهب ابن حبيب فى الواضحة وعزاه الى مالك وأصحابه وقيل يفسخ قبل الدخول وبعده الا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ وهو قول ابن القاسم فى سماع عيسى وغيره وقيل ان النكاح يكره فاذا وقع لم يفسخ وهو قول مالك رضى الله تعالى عنه فى رسم التسبرى وفى سماع أشهب وقيل ان زوجت وقد شارفت الحيض وأنبتت فلا يفسخ والا فسخ واذا فسخ على مذهب من يرى الفسخ فالفسخ فيه بطلاق وان طلق قبل الفسخ لزمه ويكون بينهما الميراث ولا يجوز ان كانت كارهة باتفاق وكذلك ان كان سنها أقل من سن من يوطأ مثلها ولا يخشى عليها الضيعة وبنت عشر سنين ممن يوطأ مثلها بدليل بناء رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة وهى بنت عشر أو سبع * وحد البلوغ فى الذكر والانثى الاحتلام أو الانبات أو السن وهو ثمانى عشرة سنة فى قول ابن حبيب وقيل سبع عشرة سنة وقيل خمس عشرة سنة وهو قول ابن وهب ويكون فى الانثى وحدها مع ذلك بالحمل والحيض وفى

نوازل ابن الحاج قال ابن وضاح الجارية تحمل قبل ان تحيض ولا يولد للغلام حتى يحتلم قال بعض البغداديين الانبات في
البلوغ أبين الثلاثة والاحتلام انما يتعلق به حقوق الله تعالى وأما حقوق الآدميين والاحكام التي تنفذ بين المسلمين فلا يجوز
ان تتعلق بالاحتلام لانه أمر لا يدرك ويمكن كتمانه وادعاؤه وانما يجب ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر اليه

أمن من ذلك فلا يجيبه ولو أجابه حين سأله ذلك عن غير شيء خافه عليه فليمض ذلك لاختلاف الناس فيه فقد قال بعض العراقيين لا يكون ايقاع الشهود الا بمحضر الخصم المشهود عليه وقال لي مطرف وأصبغ مثله قاله ابن حبيب في مختصر الواضحة قال فضل بن مسلمة وسحنون لا يرى ايقاع الشهادة الا بمحضر من الخصم الا أن يكون الخصم غائبا غيبة بعيدة قال ابن سهل والأحسن أن يشهد الشهود بمحضر المطلوب ان كان حاضر البلد أو قريب الغيبة ولسحنون في العتبية ان قصر القاضي في احضار الخصم عند الشهادة عليه ثم سأله المطلوب اعادتها فأرى أن يعيدها الا أن لا يقدر على ذلك لغيبة البينة فليدفع شهادتهم بما يقدر عليه ويصير كالبعيد الغيبة وهذا مذهب سحنون كما تقدم ذكره وفي كتاب ابن المواز ان كان قريبا فليحضره حتى يشهدوا عليه أو يحضر وكيله وقد يذكرهم أمرا ينفعه فان لم يفعل جاز ثم اذا أحضره أخبره بشهادتهم واذا أمر القاضي المشهود عليه ان يحضر يوم كذا لتقع الشهادة بحضرته وأشهد عليه خصمه بذلك فلم يحضر فليسمعها الحاكم عليه في غيبته ويقرأها عليه اذا حضر ولا يعيد له الشهود قاله ابن عبد الحكم في رسالة القضاء (مسئلة) واذا قال المشهود عليه للقاضي أعرض على شهادتهم فان كان فيها ما لا يرضيني دفعته فيلزم القاضي ذلك قيل لابن القاسم رحمه الله تعالى فيكون ذلك بغير محضر المشهود له قال ما أبالي حضر أو لم يحضر قال أصبغ مثله وقال هذا محض القضاء قال ابن رشد رحمه الله تعالى وهذا مما لا اختلاف فيه لان من حق المشهود عليه أن يعرض عليه ما شهد به عليه ويعذر اليه فيه ولا حق للمشهود له في أن يكون ذلك بحضرته كما انه لا حق للمشهود عليه أن يشهد الشهود بحضرته (مسئلة) واذا حكم القاضي على الغائب ولم يسم الشهود الذين حكم بهم ثم قدم الغائب وأراد أن يبتدئ الخصومة وقال لو علمت من شهد علي لرددت شهادته كان ذلك من حقه وسيأتي ذلك مبسوطا في فصل الحكم على الغائب

(فصل * في القاضي يسمع بينة أحد الخصمين ثم يريد رفعهما الى حاكم آخر) وفي أحكام ابن سهل في رجل قام بكتاب فيه حق على امرأة فأنكرت ذلك الحق فأتى ببينة فلم يعرفهم الحاكم فقال له الطالب ان كنت لم تعرفهم ولست أقدر على تعديلهم فدعنا نمضي الى غيرك من الحكام فقالت المرأة وكيف بعد ان أنكرت وأتى ببينة لم تعرفهم ولم تقبلهم وأنا أرجو أن تعجزه وتقطع عني طلبه وتعنيته وكيف تخرجنا من عدلك الى من ليس مثلك من الحكام فشاور القاضي في ذلك وسأل عنه فقال ابن لبابة هذا الى اجتهاد الحاكم ان كانت بينة يشبه مثلها ان يقبلها حاكم ويردها آخر فلا بأس أن يأذن للطالب في الذهاب لغيره فلعل حق الرجل يصح عند غير هذا الحاكم وان كانت بينة ضعيفة لا يرجى قبول مثلها فلا يدعهما يمضيان الى غيره ويستمر في نظره قال ابن سهل وهذا من لحن الفقه ولو سوغ للناس هذا وشبهه لكان عونا على التشغيب وتطويل الخصام على المطلوب وهم لا يجيزون

هو الانبات كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في بني قريظة حكم فيمن أنبت بحكم البالغين وأمر بقتلهم وفيمن لم ينبت بحكم الصغار فلم يقتلهم على أنه في الاغلب لا يتأخر عنه كبير مدة وقد قال مالك يحد اذا أنبت وقال ابن القاسم أحب الي أن لا يحد اذا أنبت حتى يحتلم أو يبلغ من السن ما لا يجاوزه غلام الا احتلم وقولنا بعد الاستئمار الواجب لانه لا يصح النكاح الا برضاها لقوله عليه الصلاة والسلام البكر تستأمر والثيب تعرب عن نفسها فاذا استؤمرت وأعلمت ان صمتها اذنها فصمتت لزمها النكاح واستحب بعضهم تكرار ذلك عليها ثلاثا فان تكلمت بالرضا جاز ولا يضر ذلك قال ابن مغيث وكذلك ان ضحكت وان بكت ففي ذلك بين أصحابنا تنازع فقال بعضهم لا يكون ذلك رضا وهو في كتاب التفريع لابن الجلاب وقال بعضهم ذلك منها رضا حتى تتكلم بأنها لا ترضى قال وبه أقول * وكيفيته ان يقول لها الشاهدان أو غيرهما ان فلانا تزوجك بصداق كذا وكذا فان كنت راضية فاصمتي
ويعلمها ان صمتها اذن في النكاح فان قالت بعد ما صمتت ما علمت ان الصمت اذن لم يقبل قولها قال ابن
الحاج في مسائله ويستغنى فيه عن ذكر الشروط اذ هي مما يتطوع به الزوج فان كان الصداق عرضا فذكر ابن فتحون ان
سكوتها في قبضه مع المعاينة فيه براءة للزوج وذكر ابن العطار ان اشهادها في قبض ذلك يكون بالنطق والمعاينة وبذلك

غيرأ قال ابن فتحون وهو حسن وماذكرناه يغني عن تشكيك فيها ذلك وقال ابن لبابة النطق في ذلك هو قول كثير من الشيوخ قال ابن الحاج في نوازله وكذلك اذا سيق اليها مال ونسبت معرفته اليها ولا وصي لها فلا بد أن تتكلم فاذا بلغت حد التعنيس فلا يكون رضاها الا بالكلام وكذلك البكر يرشدها أبوها ثم يزوجها فلا يكون سكوتها رضا

للطالب المتوكل على الخصام بعد مجالسة المطلوب عند الحاكم مرتين أو ثلاثا وانعقاد المقالات الا لعذر بين للحاكم من مرض مثبت أو سفر حاضر وقد أجاز وا تحكيم المتداعيين رجلا يحكم بينهما وينفذ حكمه عليهما فهذا الذي قاله ابن لبابة لا ينبغي أن يقول به أحد ولا يبيحه حاكم مع ما فيه من اذلال الحكام والاستخفاف بهم فلا ينبغي للقاضي أن يصرف من ابتداء التحاكم عنده رجاء أن يظهر حقه عند غيره بل يعجزه ان عجز ويقطع عن المطلوب تعنيته اياه وكان ينبغي للراغب في هذا أن يختار لنفسه الحاكم الذي يظن ظهور حقه عنده وأما بعد ابتدائه عند حاكم ثم يريد العدول عنه الى آخر فغير سائغ له وقد كان من ينزل به ذلك من الحكام بقرطبة يوكل عن بلغه عنه مثل ذلك من يرده اليه لا تمام تحاكمه لديه وهو الذي لا ينبغي غيره ولا يسامح فيما سواه وللمازري في شرح التلقين نحو ذلك قال وهل يمكن أحد الخصمين من الرجوع عن الرضا بقول المحكم فيه خلاف بخلاف القاضي من قبل الامام الذي ينفذ حكمه على من كره يعني انه ليس له الرجوع ولا عدم الرضا بتمام الحكومة عند الحاكم ﴿فرع﴾ وفي أحكام ابن سهل أيضا في امرأة قامت عند القاضي بصداق لم يعرف القاضي من شهوده الذين قالوا انهم يعرفون عينها غير شاهد واحد ورأى ان غيره لا يتعدلون فصرفها عن نظره وقال لها اذهبي الى من شئت من الحكام فلعل غيري يعرف بينتك فاستحسن الفقهاء فعله وقالوا رب حق لا يثبت عند حاكم ويثبت عند غيره ويمكن الفرق بينهما أن المسئلة الاولى وقع فيها الدعوى والانكار وانعقدت بينهما المقالات وسمعت البينة وفي هذه المسئلة لم يحضر معها غريمها وانما رفعت أمرها الى القاضي فوقف على كل بها ثم صرفها عن نفسه والله أعلم ﴿مسئلة﴾ من هذا المعنى قال ابن سهل يجوز استئناف الشهادة عند حاكم ثان اذا لم يشهد الحاكم الاول بقبولها ذكر في شهادة رفعت الى القاضي في خصومة فلم يشهد القاضي بقبول تلك الشهادة لعلل دخلتها واختلف أهل العلم فيها من أجل تلك العلل فبقي الامر كذلك حتى صرف الامر بين المتنازعين الى حاكم آخر فبعث الى الحاكم الاول أن يبعث اليه تلك الشهادة فسأل الحاكم الاول الفقهاء عن هذا فأجابوه الذي نقول به على مذهب أصحابنا وقولهم ان ذلك لا يجب عليك لانك لم تكن قيدت الشهادة بقبول أشهدت به على نفسك فعلى من صار النظر اليه ابتداء النظر في الخصومة ولا يلزمك أن ترفع اليه الشهادة التي قيدت عندك ﴿مسئلة﴾ اذا رفعت قضية الى الحاكم وأحضر المدعي شاهدا واحدا ثم صرف الامير القضية عن ذلك الحاكم الى حاكم آخر فنظر فيها ولم يتم نظره ثم ردت الى الحاكم الاول لينظر فيها فلا بد من اعادة الشاهد الاول ليؤدي شهادته وذلك كنظر مبتدا فان كان انصراف القضية عنه بغير أمر الامير فشهادة الشاهد الاول مجزئة ولا تعاد من ابن سهل وهذا وما قبله يدل على أن للحاكم أن ينظر فيما نظر فيه غيره من الحكام مما لم يفصل فيه حكم ﴿مسئلة﴾ قال أصبغ واذا تواضع الخصمان عند القاضي

في النكاح ولا بد لها أن تتكلم كالثيب ذكر ذلك الباجي في وثائقه وقال ابن لبابة سكوتها رضا وان كان قبل رشدها الا أن يكون صداقها عرضا فلا بد لها من الكلام قال والصواب أن يكون رضاها في النكاح سكوتها وفي القبض الكلام وكذلك البكر المعنس اذا زوجها أبوها على رواية عبد الرحيم عن مالك رضي الله تعالى عنه واذا زوجها عبد أو مكاتب أو مدبر وزوجها غير أبيها فلا يكون رضاها الا بالكلام واذا زوجها الولي بغير رضاها ثم تعلم بذلك فترضى ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها ان النكاح جائز والثاني انه لا يجوز والثالث انها ان علمت عن قرب ورضيت جاز قال عيسى بن دينار والقرب في ذلك مثل أن يعقد النكاح في السوق أو المسجد ثم يسار اليها بالخبر من ساعته وقال سحنون ذلك أن تكون معه في المصر الواحد ويكون الذي بينهما قريبا مثل الاميال واليوم قيل له فلو كان بالفسطاط والمرأة بالقلزم وبينهما مسيرة يومين فقال ما أرى ذلك بكثير اذا أجازت في الفور وأما ما تباعد فلا يجوز

وقال أصبغ مثله ولا يكون هذا الرضى الا بالنطق باتفاق ﴿فصل﴾ قال ابن رشد واذا لم يوجد من يعرفها عند الاستثمار فلا بد أن يشهد على رؤيتها من لا تحتشم منه فتسفر لهم عن وجهها فيثبتوا عينها بحيث ان أنكرت بعد ذلك شهدوا عليها انها هي التي اشهدتهم فيلزمها النكاح وأما ان وجد من العدول من يعرفها فلا ينبغي

الحجج فأراد الحكم على أحدهما بما تبين له من الحق فاستغاث بالامير وهو جائر فأمره بترك النظر فى ذلك فحق عليه أن ينفذ له حكمه ولا ينظر فى قول الامير الا أن يعزله رأسا وان كان ذلك فى مبدأ أمرهما وقبل ان تبين له حق أحدهما فنهاه الامير عن النظر فى أمرهما فأرى أن ينتهى ويدعهما وهذه المسئلة تبين معنى المسئلة التى قبلها ان الامير ليس له أن يصرف القضية عن الحاكم الى حاكم آخر بعد تمام نظر الاول من مختصر الواضحة

(مسئلة) قال ابن حبيب قال مطرف فى القاضى يتواضع الخصمان عنده الحجج فيقول لهما اجتهدا فانى لست أقيلكما فيضعان حجتهما ويوقع ذلك فى ديوان القاضى ثم يريد أحدهما أن يتحول من حجته الى حجة أخرى فانى أرى له أن يقيل الناس من حججهم ولا يظفرها عليهم حججا الا ينتقلون عنها الى غيرها الا ان الرجل قد يضع حجته فيسقط منها كثيرا نسيانا لها أو عجلا أو حصرا الا أن يستوعب أمر الخصمين بالكشف عن أمرهما ويعجزا أنفسهما ويقولا له ليس عندنا من البينة والحجج الا الذى وضعناه عندك ثم ان القاضى وقف ليستشير فى ذلك فحينئذ ان بدا لاحدهما أن ينتقل عن حجته تلك الى غيرها تكون أنفع له لم يكن ذلك له الا أن يرى القاضى لذلك وجها ويثبت عنده عذره فان أتى ببينة وكان قد عجز نفسه عنها فان رأى السلطان ان بينته تلك كانت غائبة عنه غيبة بعيدة أو لم يكن يعرف بها قبل ذلك منه ونظر له ما لم يفصل الحكم بينهما فحينئذ لا ينظر له فى بينة ولا يعذره بغيبتها ولا بما خفى عنه من أمرها وكذا لو أراد أن يأتى بحجة لم يكن أتى بها أو يجرح من كان مكن من جرحه فلم يفعل لم يكن له شئ من ذلك ومضى أمره وهذا الذى عليه أمر الحكام بالمدينة وقاله أصبغ وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فى ذلك هو الامر عندنا قال فضل بن سلمة قال ابن عبدوس حكى ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك رضى الله تعالى عنه انه اذا أتى ببينة لم يكن علم بها انه يقوم بها

(الفصل السابع فى استخلاف القاضى) واذا نهى الامام القاضى عن الاستخلاف لم يكن له أن يستخلف وان أذن له فيه استخلف على مقتضى الاذن فان تجرد عقد التولية عن النهى والاذن جميعا فقال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ ليس لقاضى الخليفة استخلاف قاض مكانه اذا كان حاضرا يحكم ولا ان عاقه ما يعوق من الشغل قال ابن رشد وهذا اذا استخلف فى البلد الذى هو فيه ليكفيه بعض تعب الخصوم وأما ان كان عمل القاضى واسعا فيريد أن يقدم فى الجهات البعيدة فالمشهور الجواز وقال ابن عبد الحكم لا بد من اذن الخليفة وفى المازرى قال ابن الماجشون اذا ولاه الامام على ثلاث كور لم يلزمه أن يدور عليها وله أن يستخلف وأما ان سافر القاضى قال فى كتاب ابن حبيب أو مرض فله أن يجعل فى مكانه من يقوم مقامه وينفذ أموره ولا يكون متعديا على من استقضاه وقال سحنون لا يستخلف وان سافر أو مرض الا باذن الخليفة وكأنه رآه وكيلا مخصوصا وفى المازرى فان فعل فقضاء المستخلف لا ينفذ الا اذا أنفذه القاضى الذى

استخلفه

لمن لا يعرفها انها يشهد عليها فان شهدوا عليها من لا يعرفها ووجد من يعرفها أو لم يوجد فلا يصح لهم أن يشهدوا على شهادتهم ان فلانة بنت فلان أشهدتهم على الرضا بالنكاح لاحتمال أن لم تكن هى التى أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزم نكاح لم ترض به ولا أشهدت به على نفسها . لان اشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند حاكم والحقوق بخلاف ذلك قال مالك لا أرى أن يشهد الرجل على من لا يعرف ومثله لاصبغ فى الجنسة قال وأما الحقوق من البيوع والوكالات من الهبة ونحو ذلك فلا يشهد عليها فى شئ الا من يعرفها بعينها واسمها ونسبها . والفرق بين النكاح وما سوى ذلك من الحقوق انه يخشى وان لم يشهد على شهادتهم فى الحقوق أن يموتوا فيشهد على خطوطهم فتلزم باطلا لم تشهد به على نفسها وعلى ما جرى به العمل عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على خط الشاهد الا فى الاحباس وما جرى مجراها يستوى النكاح فى ذلك وما سواه من الحقوق ولا يكون على الرجل حرج فى أن يضع شهادته على من لا يعرف فى الحقوق كما يضعها عليه فى النكاح اذا لم يشهد على شهادته بذلك وقد أجاز ذلك العلماء قديما وان قيد فى عقد الوثيقة معرفة العين والاسم لما فى ذلك من تحصين العقود واما عند أداء الشهادة فلا يحل للشاهد ان يشهد باجماع الا على من يثبت عينه ويعرف أنه هو الذى أشهده بلا شك فى ذلك ولا ارتياب قال ابن حبيب سئل مالك أيشهد الرجل على من لا يعرفه قال لا يفعل وفى الناس سعة وفى سماع أشهب لا يشهد على من لا يعرفه الا أن يشهد معه من يعرفه فان عرفه رجلان ففى ذلك قولان أحدهما أنه يشهد قاله ابن القاسم فى المجموعة ورواه ابن نافع عن مالك والثانى انه لا يشهد وهو قول ابن القاسم أيضا وفى بعض الروايات عنه لا يشهد الا على شهادتهما قال بعضهم

استخلفه ﴿مسئلة﴾ ولا يشترط فى نائب القاضى أن يكون بصفات القضاء المتقدمة الا اذا كان مستخلفا فى جميع الاحكام فحينئذ لا بد أن يكون عالما بها وان استخلف فى شئ خاص مثل سماع الشهادة والنقل فلا يشترط فيه الا معرفته بذلك القدر خاصة ﴿مسئلة﴾ قال ابن راشد ويجوز للقاضى أن يستخلف نائبا على النظر فى المناكح وما ينضاف اليها من فرض النفقات وعلى الحسبة وعلى النظر فى الاحباس ولا يحتاج فى شئ من ذلك الى اذن الخليفة ﴿مسئلة﴾ وفى مختصر الواضحة قال ابن حبيب واذا أرسل القاضى الى الفقيه وقال انظر بينهما ثم أمض ما ترى فذلك جائز ماض وكأنه اذا لم يكن له سلطان متصل يصحبه بعد ما يقوم من مجلس حكمه بمنزلة مشير أمضى القاضى رأيه فلزم ألا ترى انه لا يلزم له بعد أمر الا بتجديد وأجل حادث من القاضى وليس يسمى هذا قاضيا ولا عاملا ولا سلطانا ولا مستخلفا وكأنه حكمه القاضى بينهما قال فضل بن سلمة وأبى ذلك سحنون وقال لا ينفذ الا أن يكون رفع ذلك الى القاضى بعد ذلك فتركه فيكون كأنه أنفذه قال فضل وانما قال سحنون هذا فى القاضى يحكم الرجل على النظر بين الخصمين وارساله الى الفقيه عندى أنه مثله فتدبره ﴿مسئلة﴾ وفى وثائق ابن العطار ولا يسجل نائب القاضى بما ثبت عنده فان فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل ولا تقوم به للقائم حجة الا أن يجيزه القاضى الذى استخلفه قبل أن يعزل أو يموت وان كانت استنابة القاضى لنائبه عن اذن الامام ورأيه وكان ذلك مستفيضا معروفا مشهورا كاشتهار ولاية القاضى فالنائب على هذا الوجه أن يسجل وينفذ تسجيله دون اجازة القاضى وليس لاحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه واذا قلنا ان النائب لا يسجل فان له أن يسمع البينة ويشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع وله قبول من عرف منهم بعدالة وتعقد عنده المقالات ثم يرفع ذلك كله الى القاضى الذى استخلفه ويخبره به بحضرة شاهدين ليثبت بهما عند القاضى اخباره له ويلزم القاضى حينئذ أن يجيز فعل نائبه وينفذ ما ثبت عنده ويسجل به للمحكوم له

﴿فصل﴾ نائب القاضى ينعزل بموت القاضى قال ابن عبد السلام وعندى أن هذا صحيح ان كان استنابه بمقتضى الولاية على القول بأن له ذلك وأما ان استناب رجلا معينا باذن الامير أو الخليفة فينبغى أن لا ينعزل النائب بموت القاضى ولو أذن له فى النيابة اذنا مطلقا من غير تعيين رجل فاختار القاضى رجلا ففى انعزال هذا النائب بموت القاضى نظر وأما اذا مات الخليفة أو الامير فلا ينعزل من قدماه للقضاء لان ذلك كان منهما نظرا للمسلمين ليس لهما فيه حظ ولا يعزله الا الخليفة الثانى أو الامير الثانى

﴿الفصل الثامن فى التحكيم﴾ ومعناه ان الخصمين اذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لان يحكم بينهما فان ذلك جائز فى الاموال وما فى معناها ولا يقيم المحكم حدا ولا يلاعن بين الزوجين ولا يحكم فى قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب أو ولاء وانما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة لاستلزامها اثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين ومن

واذا حصل العلم ولو بامرأة واحدة فليشهد ﴿وسئل ابن رشد﴾ فى شاهد شهد على امرأة فى وصية بعد موتها وقال انه لم تعرف عينها حين أشهدته الا بقول امرأة وثق بها (فقال) شهادته عاملة اذا كان ابتداء سؤالها الا ان ذلك من ناحية قبول خبر الواحد وأما اذا لم يبتدئه وسؤالها وانما قالت ذلك ابتداء على سبيل الشهادة عنده فذلك مثل أن تكون المرأة التى أشهدته قد أتته بامرأة يعرفها بالثقة فقالت له هى فلانة بنت فلان ونعرفك بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليها بتعيين المرأة له اياها على هذا الوجه وان كانت عنده ثقة فان جهل وشهد سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحة فيه تسقط به شهادته فيما سوى ذلك ويشهد الشاهد اذا عرف أعيان المشهدين له قال ابن سحنون فان عرف عين المشهود عليه ولم يعرف عين المشهد فلا يشهد الا أن يبين وأما اذا لم يعرفهما أو عرف المشهود له خاصة فلا يشهد وقال ابن لبابة اذا قال الشاهد أشهدتنى فلانة ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهى شهادة تامة وقوله أشهدتنى فلانة شهادة معرفة شهادة لا محالة * وينبغى أن يقيد فى عقد النكاح وغيره ان الاشهاد وقع فى حال الصحة فان سقط ذلك من العقد فالناس محمولون على الصحة حتى يثبت المرض ﴿وسئل ابن رشد﴾ فيمن أقام بينة ان نكاحه وقع فى الصحة وشهدت بينة أخرى ان النكاح وقع فى المرض فتكافأتا فى العدالة ﴿فقال﴾ فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن بينة الصحة أعمل الثانى ان بينة المرض أعمل الثالث ان البينتين تسقطان قال وينبغى أن يكون منها قول رابع كالذى فى تكافؤ البينة فى البيوع أن يقرع بين البينتين وهو شاذ * ولا يعتبر فى المرض العلل المزمنة التى لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم وأفعال أصحاب ذلك أفعال الصحيح بلا خلاف وكذلك ينبغى أن ينص على جواز الامر فى الاشهاد

في العقد كالتي تقدم في الثيب ومعنى ذلك انه لا ولاية عليه فان ثبت بعد ذلك انه تحت ولاية فقال بعضهم ان كان الشهود الذين
شهدوا على ذلك من أهل العلم فالمراد بهذه الكلمة حمل ذلك على معرفتهم بانطلاقه من تلك الولاية التي ثبتت عليه وان
لم يكونوا من أهل العلم لم ينتفع بذكر الجواز في العقد وكان الحكم بما ثبت من الولاية وقال بعضهم انه لا اعتبار

عداهذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم فاللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه عن أبيه فقد ينفيه هذا المحكم وليس له ولاية على الحكم في هذا الولد وكذلك النسب والولاء فيسري ذلك الى غير المتحكمين ومن يسري ذلك اليه لم يرض بحكم المحكم وكذلك الطلاق والعتق فيهما حق لله تعالى اذ لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن في العصمة ولا أن يرد العتيق الى الرق وان رضي والله تعالى لم يجعل النظر في هذه الحقوق الى هذا الرجل المحكم وحيث قلنا لا يحكم في هذه المسائل فلو حكم فيها بغير الجور نفذ حكمه وينهى عن العود لمثله ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد أدب وزجر ومضى ما كان صوابا من حكمه وصار المحدود بالقذف محدودا والتلاعن ماضيا ﴿مسئلة﴾ ولا يشترط دوام الرضا الى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لاحدهما قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه وقال أصبغ لكل واحد منهما الرجوع ما لم ينشبا في الخصومة عنده فيلزمهما التمادي فيها كما ليس لاحدهما اذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزله وقال سحنون في كتاب ابنه لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما وقال ابن الماجشون ليس لاحدهما الرجوع كان ذلك قبل أن يقاعد صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما ﴿مسئلة﴾ ثم اذا حكم المحكم فليس لاحدهما أن ينقض حكمه وان خالف مذهبه الا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم ﴿مسئلة﴾ قال اللخمي انما يجوز التحكيم اذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا واسترشد العلماء فان حكم ولم يسترشد رد وان وافق قول قائل لان ذلك تخاطر منهما وغرر وقال المازري لا يحكم الا من يصح أن يولي القضاء قال واذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه وان خرج عن ذلك لم يلزم اذا كان الخصمان مالكيين لانهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه وكذلك ان كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه ان حكم بينهما بغير ذلك ﴿مسئلة﴾ واذا حكم الخصمان عبدا أو امرأة أو مسخوطا أو صبيا أو معتوها أو موسوسا أو كافرا أو مجنونا فان أحكام المجنون والموسوس والكافر لا تلزم بلا خلاف واختلف فيمن عداهم قال أصبغ ورب غلام لم يبلغ له علم بالقضاء قال المازري وفي المذهب في ذلك أربعة أقوال الجواز في الجميع والمنع في الجميع والجواز الا في الصبي والجواز الا في المسخوط والصبي ﴿مسئلة﴾ فاذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جورا بينا وليس تحكيم الخصم خصمه كتحكيم خصم القاضي قال أصبغ لا أحب ذلك فان وقع مضى وليذكر في حكمه رضاه بالتحاكم اليه وقيل لا يجوز حكم القاضي لنفسه وقيل يجوز

﴿الركن الثاني من أركان القضاء هو المقضي به﴾ وهو الحكم من كتاب الله تعالى فان لم يجد فسنة نبيه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم التي صحبها العمل فاذا كان خبرا صحبت غيره

بذلك وان كانوا عالمين اذا ثبتت الولاية الا أن يصرح بمعرفتهم بانطلاقه منها قال ابن فرحون وهذا عندي أصح القولين وان سقط ذكر الجواز عن العقد فالناس محمولون على الرشد حتى يثبت الحجر ﴿فصل﴾ فان كانت ثيبا فزوجها أبوها أو غير الاب من الاولياء فتكتب فيهما مثل ما تقدم في الثيب ذات الاب سواء * فان كان زوجها الاول توفي أو طلقها فأقامت بعده مدة فلا بد أن يثبت هذا الرسم (ونصه) يعرف شهوده فلانا وفلانة بالعين والاسم المعرفة التامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها الى أن توفي فلان عنها أو الى أن طلقها بالثلاثة منذ كذا ولا يعلمون الزوجة المذكورة تزوجها بعده غيره ولا أنها انعقد عليها نكاح حتى الآن ولا ان لها وليا يعقد نكاحها الا القاضي أو أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا وان كان طلقها طلقة واحدة زدت بعد قولك الى أن طلقها ولا يعلمون انه ارتجعها من الطلاق المذكور وثبت ذلك في البكر اليتيمة هذا الرسم (ونصه) يعرف شهوده فلانة بنت فلان معرفة تامة

ويعلمونها بكرا بالغا في سنها يتيمة مهملة ولا يعلمونها انعقد عليها نكاح قط ولا ان لها وليا يعقد نكاحها الاعمال
الا القاضي أو الأخ أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا

﴿انكاح وصي الاب ووصي القاضي ومقدمه أو مقدم أحد الاولياء يعقد في البكر﴾

الاعمال قضى بما صحبته الاعمال وهذا معلوم من أصل مالك رضي الله تعالى عنه اذا العمل مقدم على أخبار الآحاد وكذلك القياس عنده مقدم على اخبار الآحاد على ماذهب اليه أبو بكر الابهري فان لم يجد في السنة شيأ نظر في أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه فان اختلفوا قضى بما صحبته الاعمال من ذلك فان لم يصح عنده أيضا أن العمل اتصل بقول بعضهم تخير من أقوالهم ولم يخالفهم جميعا وقد قيل له أن يجتهد وان خالفهم جميعا وكذلك الحكم في اجماع التابعين بعد الصحابة رضي الله تعالى عنهم وفي كل اجماع ينعقد في كل عصر من الاعصار الى يوم القيامة لقول الله عز وجل ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لن تجتمع أمتي على ضلالة ولقوله عليه الصلاة والسلام يد الله على الجماعة فاذا تضمن الله تعالى حفظ الجماعة لم يجز عليهم الغلط والسهو فان لم يجد في النازلة اجماعا قضى بما يؤدى اليه النظر والاجتهاد في القياس على الاصول بعد مشورة أهل العلم فان اجتمعوا على شئ أخذ به وان اختلفوا نظر الى أحسن أقوالهم عنده وان رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى اذا كان نظيرا لهم وان لم يكن من نظرائهم فليس له ذلك قاله ابن حبيب وهو قول فيه اعتراض والصحيح انه اذا كان من أهل الاجتهاد فله أن يقضى بما رأى وان كانوا أعلم منه لان التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه باجماع وانما يصح له التقليد مالم يتبين له في النازلة حكم وهذا على مذهب من يرى التقليد ويقول به واختلفوا هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد ويقلد من قد نظر واجتهد أم لا والمجتهد من يعرف من القرآن والسنة ما يتعلق به الاحكام وخاصه وعامه ومجمله ومبينه وناسخه ومنسوخه ومتواتر السنة وغيره والمتصل والمرسل وحال الرواة قوة وضعفا ولسان العرب لغة ونحوا وأقوال العلماء من الصحابة فمن بعدهم اجماعا واختلافا والقياس بأنواعه على ثلاثة أقوال أحدها ان ذلك له والثاني ان ذلك ليس له والثالث ان ذلك ليس له الا أن يخاف فوات النازلة

(فصل) وأما ان لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد فان اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم وقيل بقول أكثرهم على ما وقع في المدونة في الحكاية عن الفقهاء السبعة والاول أصح وقيل ان له أن يحكم بقول من شاء منهم اذا تحرى الصواب بذلك ولم يقصد الهوى وله أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء فان فعل ذلك فالاختيار أن يشاور أعلمهم فان شاور من دونه في العلم وأخذ بقوله فذلك جائز اذا كان من أهل النظر والاجتهاد وقد تقدم من كلام القاضي أبي بكر ان المقلد يقضى بفتوى مقلده في عين النازلة فان قاس على قوله فهو متعد وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي ان الولاة كانوا بقرطبة اذا ولوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده قال الشيخ أبو بكر وهذا جهل عظيم منهم

هنا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا دينارا نقدا وكالئا النقد منه كذا قبضه للزوجة وصيها الناظر عليها بعهد أبيها فلان وصار بيده ليضعه في جهازها ومصالح البناء عليها وأبرأ منه الزوج فبرئ والكالئ منه كذا مؤخرا الى أجل كذا وتبني على ما تقدم من الشروط وغيرها ثم تقول أنكحه اياها وصيها الناظر عليها بعهد الاب فلان وهي بكر في حجره وولايته صحيحة في جسمها وعقلها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب وشهد على الزوج والوصي بما فيه عنه بما أشهداه به في الصحة والجواز وبعلم الايصاء المذكور باشهاد العاهد أو باشهاد القاضي بموضع كذا به وثبوته لديه ولا يعلم فيه نسخا وفي تاريخ كذا من حضر استئمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامتة صمتا يفهم منه الرضى وبعد ان أعلمت بالنكاح والمهر وان اذنها في ذلك صماتها فصمتت راضية به وفي التاريخ (وتقول) في وصي القاضي أنكحه اياها فلان الناظر عليها بتقديم القاضي بموضع كذا اياه للنظر عليها نظر الايصاء وهي بكر في حجره وتبنى على ما تقدم في الاستئمار وغيره وتضمن معرفة الايصاء باشهاد القاضي بامضائه أو ثبوته لديه * وكذلك تعقد في مقدم القاضي لانكاحها انكحه اياها فلان ابن فلان بتقديم القاضي بموضع كذا اياه لانكاحها وقبض صداقها ووضعه في جهازها وهي بكر يتيمة مهملة وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة التقديم باشهاد القاضي بامضائه (وان) كانت ثيبا فيعقد فيها ما نصه هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا دينارا نقدا وكالئا النقد منه كذا قبضه لها فلان وصيها الناظر عليها بعهد الاب فلان وصار بيده وأبرأ منه الزوج أو قبضه لها فلان الناظر عليها بتقديم القاضي وصار بيده وأبرأ منه الزوج والكالئ كذا مؤخرا لاجل كذا ثم تقول أنكحه اياها باذنها ورضاها

وتفويضها ذلك اليه ووصيها فلان أو الناظر عليها بتقديم القاضي فلان وهي ثيب مالكة أمرها في النكاح خاصة وثبتي على ما تقدم وتضمن معرفة الايصاء أو التقديم والشهادة على الوصي أو الزوجين (بيان) لابد من استئذان البكر اذا زوجها الوصي أو غيره ممن ذكر ولا يصح النكاح دونه الا أن يجعل الاب لوصيه أن يزوج ابنته من

غير استئمار ونص له على ذلك في عهده فانه حينئذ يكون له أن يزوجها دون استئذان ويقوم في ذلك مقامه وكذلك لا يزوجها قبل البلوغ ولا يجبرها على النكاح وصي ولا غيره الا أن يجعل ذلك الاب للوصي أو الوكيل قال اللخمي الاجبار يختص بالآباء أو بمن أقامه الاب مقامه في حياته أو بعد وفاته اذا عين الاب الزوج الذي تزوج ابنته * واختلف اذا لم يعين وجعل ذلك الى اجتهاده فقيل له اجبارها وينكحها ممن يراه قبل البلوغ وبعده وهو المعروف من قول مالك ويقوم في ذلك مقام الاب وقال عبد الوهاب ليس له اجبارها قال وهو أحسن وأتبع للحديث وقال أبو الحسن بن القصار اذا عين الموصي للوصي رجلا بعينه لصغيرة أو كبيرة بكرا فانه يزوجها جبرا كما يزوج الاب واذا لم يعين له رجلا بعينه لم يزوج الصغيرة حتى تبلغ وترضى ولا البكر الكبيرة الا برضاها ومن أصحابنا من قال ان الموصي اذا قال له زوج ابنتي ممن رأيت فانه يقوم مقام الاب في تزويج الصغيرة والكبيرة البكر بغير اذنها وهو مخرج على قول مالك

يريد لان الحق ليس في شيء معين وانما قال الشيخ أبو بكر هذا لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه وكان معاصرا للامام أبي عمر بن عبد البر والقاضي أبي الوليد الباجي والقاضي أبي الوليد بن رشد والقاضي أبي بكر بن العربي والقاضي أبي الفضل عياض والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير وغير هؤلاء ممن نظرائهم وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب وهذا الذي ذكره الباجي عن ولاة قرطبة ورد نحوه عن سحنون وذلك انه ولى رجلا القضاء وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق فشرط عليه سحنون أن لا يقضي الا بقول أهل المدينة ولا يتعدى ذلك قال ابن راشد وهذا يؤيد ما ذكره الباجي ويرد ما قاله الشيخ أبو بكر فكيف يقول ذلك والمالكية اذا تحاكموا اليه فانما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك وقد تقدم في فصل التحكيم عن اللخمي أن المحكم اذا كان مجتهدا والخصام بين مالكيين فان لم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك نفذ حكمه وان خرج عن ذلك لم يلزم حكمه بينهما فانظر تمام ذلك هناك وذكر المازري نحو ذلك (مسئلة) واذا لم يوجد مجتهد وولى الامام مقلدا فقال ابن الحاجب يلزمه المصير الى قول مقلده وقيل لا يلزمه وقيل لا يجوز الا باجتهاده فالقول الاول هو الصحيح والقول الثاني يريد به اذا كان المقلد ممن له فقه نفس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه ويعلم منها ما هو أجرى على أصل امامه مما ليس كذلك وأما ان لم يكن بهذه المرتبة فيلزمه المصير الى المشهور وقال ابن عبد السلام ومن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل تجوز توليته القضاء أولا وأما القول الثالث وهو قوله وقيل لا يجوز الا باجتهاده فقال ابن عبد السلام معناه انه لا تجوز تولية المقلد البتة ويرى هذا القائل ان رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها وهي شرط في الفتيا والقضاء

(فصل) كثيرا ما يوجد في كتب المتأخرين والموثقين في المسئلة ذات الاقوال الذي جرى به العمل كذا والذي جرى به القضاء واستمرت عليه الفتيا كذا فهل يكون هذا مرجحا لذلك القول حتى يجوز للقاضي العدول عن المشهور الى هذا القول أولا وهل له أن يختار أحد الاقوال فيقضي به أم لا وقع في الفتوى لابن عبد النور من كلام الفقيه أبي محمد عبد الله بن علي بن سماري في جوابه عن مسائل مختلفة سئل عنها في سؤال واحد فأجاب ورد سؤالك وفقنا الله واياك مقتضيا جوابا وهو اذا وجدنا لمالك رضي الله تعالى عنه قولان أو ثلاثة ولا يعلم المتقدم منها من المتأخر فالمقلد علام يعتمد من ذلك ومن حصل طرفا من النظر في طرق أدلة الاجتهاد هل له أن يرجح أحد الاقوال أولا قال السائل أيضا ومذهبي أن لا يلتفت الى قول من قال بالتخيير بين الاقوال وهو عندي مسئلة صعبة قال ولا أسلم قول من قال اذا اختلف أصحاب مالك فالقول قول ابن القاسم في حق الذي يقلد أو يجتهد فيها على أصول المذهب أو على ما يقتضيه النظر واذا كان الترجيح بنوع من

* وقسم ابن رشد الوصي في النكاح على ثلاثة أقسام * أحدها اذا قال الموصي وصيي ولم يزد فوقع في الواضحة وهو المنظر قول ابن القاسم ان الوصي يكون وليا للكل من كان له الموصي وليا من الاخوات والقرابات وقيل انه لا يكون وليا لمن لا ولاية للموصي عليهن وقيل يكون لهن وليا الا ان الولي أحق منه بالعقد * والثاني اذا أوصى على المولى عليه باسمه من رجل أو امرأة

فلا يتعدّى ولا يتعداه الى غيره من الى نظره ولا يزوّج أحدا من قرابة الموصى كان محجوره حيا أو ميتا اذ لا ولاية على أحد منهن ولا اختلاف فى هذا غير ان ابن الهندى قال ان زوج واحدة منهن مضى وهو بعيد * والثالث اذا قال وصى على بضع بناتى فانه يكون وليا لجميع بناته فى النكاح وان كن مالكات لامور أنفسهن فقف على ٤٧ الفرق بين ذلك فالوصى على معين يزوج اماء محجوره بلا اختلاف ولا يزوج بناته التى لا تملكن أنفسهن باختلاف ولا يزوج من ملك أمره منهن ولا اخواته ولا مولياته فان فعل مضى على ماذهب اليه ابن الهندى قال ابن رشد ويزوج محجورته بعد ترشيدها كما يزوجها قبل ذلك ولا يعلم فى ذلك نص رواية واذا قال فلان وصيى وكان الى نظره محجور أجنبى فلا يدخل تحت هذا اللفظ ولا يكون له تزويجها ان كانت امرأة ووصى الاب أولى من الاولياء فى مذهب مالك رضى الله تعالى عنه وابن القاسم ويشاور الاولياء وقال ابن الماجشون وغيره من أصحاب مالك الولى أولى بالعقد من الوصى وهو مذهب الشافعى وأحمد وغيرهما رضى الله تعالى عنهم وكان بعض القضاة بقرطبة يجعل العقد للولى بموافقة الوصى ليخرج بذلك عن الخلاف * فيعقد فى ذلك ما نصه أنكحها اياها أخوها أو عمها بموافقة وصيها فلان واذنه وتضمن الشهادة عليهما معا فان عقد الولى دون الوصى فللوصى نقضه على ماروى عن مالك مالم تطل وتلد الاولاد وقال بعضهم وله اجازته ان شاء بخلاف الاب اذا زوّجها ولى دونه فلا تصح اجازته لانه يملك الاجبار فعلى هذا اذا كان الوصى يملك الاجبار فلا يكون له اجازة ما عقده الولى * وكذلك اختلف فى الولى مع وصى القاضى فقال ابن حبيب الولى أحق بالانكاح وعليه الاكثر وقال ابن لبابة وغيره وصى القاضى أولى من الولى وبه افتى ابن عتاب وافتى ابن القطان وغيره بما قال ابن حبيب من ان الولى أولى قال موسى بن أحمد

النظر مثل أن يقول أصل مالك كذا والذى يعتمد عليه مالك رضى الله تعالى عنه فى كثير من مسائله كذا والواحد منها يوافق أصل المذهب وهو المعروف من فتواه وهو الذى يعول عليه أو يقول القول الواحد من هذه الاقوال هو الذى جرى عليه العمل واستمر به الحكم فهذا فيه ما فيه من ترك ذكر من جرى العمل باختياره فهل بعد هذا من الترجيح الذى يعول عليه فى هذه المسئلة أم لا هذا كله وقع فى الجواب حكاية لقول السائل ثم اجاب الشيخ عن ذلك وتكلم على المجتهد وصفته وطريقته فى الفتوى ثم قال ونقرر هنا أصلا ينبنى عليه الكلام وهو أن المكلفين قسمان مجتهد وغير مجتهد فتكلم على شروط المجتهد ثم قال وأما غير المجتهد وهو والذى ورد السؤال عنه فلما تعلقت الاحكام الشرعية باحكامه وليس أهلا لابتداعها واستنباطها من مأخذها أوجب الشرع عليه الرجوع الى قول المجتهدين العدول فنزل الشرع ظن المجتهد فى حقه كظنه لو كان مجتهدا لضرورة العمل وهذا أمر مجمع عليه والذى يجب الاعتماد عليه اذا تعارض نصان لمالك رضى الله تعالى عنه أو لغيره من المجتهدين أن ينظر الى التاريخ فيعمل بالمتأخر فاذا التبس التاريخ عليه يعنى وكان من أهل الفتيا وقد قررنا انه لا يفتى فى مذهب الامام الا من كان مجتهدا فى ذلك المذهب كمحمد بن المواز والقاضى اسمعيل وأبى محمد بن أبى زيد ونظرائهم من المجتهدين فى مذهب مالك رضى الله تعالى عنه فمثل هؤلاء اذا أشكل عليهم التاريخ فى مذهب مالك رضى الله تعالى عنه فهم يعرفون أصول من اجتهدوا فى مذهبه ومأخذه وما ينبنى عليه مذهبه فيغلب على ظنهم المتقدم من المتأخر لاطلاعهم على المذهب ومأخذه ومعرفتهم ان أحد المأخذين أرجح من الآخر فيغلب على الظن أن الحكم الذى دل عليه المأخذ هو الراجح وأما من لم يبلغ رتبة الاجتهاد فى المذهب ورأى قول ابن القاسم رواية عن مالك رضى الله تعالى عنه ورواية غيره عن مالك أيضا فليس له أن يجزم بقول ابن القاسم أنه المتأخر لانه ليس له رتبة الاجتهاد فى المذهب قال وكان شيخنا شمس الدين امام المالكية بالديار المصرية أبو الحسن الابيارى قدس الله تعالى روحه يرجح قول ابن القاسم ويرى انه المتأخر الا فيما شذ وتقرير هذه الطريقة على مذهب شيخنا رضى الله تعالى عنه أن نقول القولان والثلاثة موجودة فى المذهب وقد صارت هذه الاقوال الثلاثة هنا مثلا بمنزلة النصوص المتواترة من الشريعة فاذا جهل التاريخ ونقل على ألسنة الآحاد المتقدم والمتأخر فينسخ المتقدم وصار النسخ هنا ظاهرا بالظن لان الحكم هنا معلوم فلما التبس بعده اكتفى فى التعيين بأخبار الآحاد والمطلوب فى هذا المحل ما يغلب على الظن وقول ابن القاسم هو روايته عن مالك رضى الله تعالى عنه فيما يغلب على الظن وبيان ذلك أن ابن القاسم لزم مالكا رضى الله تعالى عنه أزيد من عشرين سنة ولم يفارقه حتى توفى وكان لا يغيب عن مجلسه الا لعذر وكان عالما بالمتقدم والمتأخر والظن به مع ثقتنا بعلمه بمذهب مالك انه يعلم المتقدم من المتأخر وان الاول متروك والمتأخر معمول به

وهو قد نقل مذهبه للناس ليعملوا به والذى يعمل به هو المتأخر دون المتقدم ولو نقل قول
مالك مطلقا لأورث وقفا وحيرة و يعتقد أنه ما نقل القول الا ليعمل به وانضاف الى ذلك
كثرة ورعه فيغلب على الظن انه المتأخر الا أن ينقل المتقدم وينص عليه أو يرى من حيث
النظر ان مأخذه أرجح فى ظنه من مأخذ المتأخر فيحكى القولين ويقول بأول قوليه
أقول لا على معنى التقليد لمالك رضى الله تعالى عنه بل لما أداه اليه اجتهاده وأما من قلد
مالكا فانما يأخذ بالقول المرجوع اليه عند ابن القاسم لانه يغلب على الظن انه الراجح
لمصير مالك اليه آخرا مع ذكره القول الاول * وأما قوله من حصل طرفا من النظر
فى طرق الاجتهاد هل له أن يرجح أحد الاقوال * فالجواب عن هذا أن من كان
عارفا بمأخذ صاحب المذهب ماهرا فى الاصول عالما بما تقدم وما تأخر عالما بالترجيح
فيجوز له ذلك وان لم يكن بهذه الصفة وقد أخذ بطرف من النظر واستأنس بمذاهب
الفقهاء فلا يجوز تقليده فيما نقل من ذلك و يرجع الى قول من كان مجتهدا فى المذهب
فان لم يجد من هذه صفته فلينتقل الى مذهب آخر فيقلد من كان عالما به مجتهدا فيه فان كان
شغر الزمان من المجتهدين والمفتين فى المذاهب فهل له أن يقلد من هذه صفته أولا هذه
مسئلة لا أرى فيها نصا للعالم والذى يظهر لى التقليد لضرورة العمل وقد قال بعض المحققين
عند شغور الزمان من المجتهدين ولم نجد قولا لمجتهد ميت ووجدنا من حصل طرفا من
النظر واحكم الاكثر فانه يقلد مع القول بأنه ليس على وجه الارض الآن مجتهد وهذا
مذهبى فهذا الاعتقاد لا يتصور الا من عالم بمجتهد مطلقا وحينئذ تصح دعواه قال وقوله
لا يلتفت الى قول من قال بالتخيير بين الاقوال فهى مقالة ضعيفة وقوله لا اسلم قول من
قال اذا اختلف أصحاب مالك رضى الله تعالى عنه فالقول قول ابن القاسم فى الذى ينقله
عن مالك وفيما يجتهد فيه على أصول المذهب وقد تقدم الكلام على هذا قال وأما
قوله الذى جرى به العمل كذا ان كان يريد عمل أهل الاندلس او جهة من الجهات
فليس يترجح بهذا واذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة مطلقا دون تقييد وتفصيل وهى
مستقر الوحى ومنزل الرسالة فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة انتهى ما لخصته من
الجواب * وكلامه فى الجواب عما جرى به العمل غير شاف وقياسه على عمل أهل المدينة غير
مستقيم فان اختلاف العلماء فى عمل أهل المدينة انما هو بالنسبة الى الاجماع هل يكون
عملهم اجماعا أم لا وليس ذلك من هذا الباب الذى نحن فيه ونصوص المتأخرين من أهل
المذهب متواطئة على ان هذا مما يرجح به الا أن يختلف العرف فى بلدين فلا يكون ذلك
حينئذ مرجحا وذلك مثل ما نقله ابن عبد السلام فى مسئلة اختلاف الزوجين عن ابن رشد
قال قال ابن رشد العرف عندنا فى ذوات الاقدار ان المرأة لا تخرج من الدار فلو اختلفا
فيها لوجب ان يكون القول قول المرأة قال وكذلك حفظت عن شيخنا ابن رزق قال ابن
عبد السلام وهذا الباب عند المحققين تابع للعرف فرب متاع يشهد العرف فى بلد أو

زمان

والنظر يعود الى ذلك وهذا الذى رجحه ابن فتحون وعقد عليه وثيقته وقد حكى ابن مغيث فى وثائقه انه ليس للوصى من الانكاح شئ اذا كان لها ولى (وسئل) ابن رشد فى انكاح الوصى دون اذن المشرف (فقال) ليس انكاح أحد الوصيين دون اذن صاحبه بمنزلة انكاح الوصى دون اذن المشرف لان الوصيين وليان جميعا كالسيدين فى الامة لا يجوز لاحدهما أن ينفرد بالعقد عليها دون الآخر الا أن يوكله على ذلك فان فعل كان العقد فاسدا كنكاح عقده غير ولى وأما المشرف فليس بولى ولا اليه من ولاية العقد شئ وانما اليه المشورة التى جعلت له خاصة فان أنكح الوصى دون اذن المشرف فالعقد فى نفسه صحيح الا أنه موقوف على نظره ان رأى أنه يجيزه أجازه وان رأى ان يرده رده كالسفيه يتزوج بغير اذن وليه والولى ثم أولى منه حاضر فانكاح الوصى فى مسئلتك بعد موت المشاور موقوف على نظر القاضى ان رأى ان يرده رده وان رأى ان يجيزه أجازه وهو صحيح فى نفسه فاذا لم يعثر على الامر حتى مات الزوج فقد فات موضع النظر ووجب للزوجة الصداق المسمى والميراث اذ لا حظ لها فى الرد لان ذلك يسقط ما وجب لها من الصداق والميراث ولا نظر لها فى ذلك وقولنا فى تضمين الايصاء ممن يعرف الايصاء بالاشهاد هو الصواب اذ قال الباجى ان من أهل العلم من قال ان فى العقد نقصانا اذا قلت ممن يعرف الايصاء وسكت حتى يقول بإشهاد العاهد به و يعرفه أو باشهاد القاضى بثبوته لديه واذا لم يفسره فيبقى على المشهور احتمال ان يكونوا شهدوا بالسماع وذلك لا يجوز وهو الظاهر من جواب ابن القطان ان ذلك غير عامل فى معرفة الايصاء حتى يتبين الوجه الذى عرف به وجاوب غيره بخلاف ذلك ويجزئ ذلك من الشهود العالمين (فصل) فان قدم احد الاولياء على نكاح

أو زمان انه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر انه للنساء ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد انه من متاع النساء بالنسبة الى قوم ومن متاع الرجال الى قوم آخرين كالنحاس المصنوع في بلدنا فانه من متاع النساء بالنسبة الى جهاز الاندلس ومن متاع الرجال بالنسبة الى جهاز الحضر فلو قال عالم الذي جرى به العمل في هذه المسئلة كذا لم يعم ذلك سائر البلاد بل يختص بذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه الذي جرى به العمل واستقرت عليه الاحكام كذا بل يقولون الذي جرى به العمل في هذه المسئلة في بلد كذا وفي عرفهم كذا او كذا واما غير ذلك من المسائل التي يذكرون ما جرى به العمل فيها العرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة وتغير العوائد وذلك أمر عام فانه مما يرجح به ذلك القول المعمول به ولا ينبغي ان يختلف في هذا وظاهر النصوص تشهد بذلك وهذا أيضا مذهب الشافعية فقد ذكر أبو عمرو بن الصلاح الشافعي رحمه الله تعالى في كتاب أحكام المفتي والمستفتي ان القول القديم اذا قيل فيه انه جرى به العمل فان هذا يدل على ان القول القديم هو المفتى به وقال ابن عبد السلام شارح ابن الحاجب في باب الحجر وذكرت هذا القول لانه جرى به العمل في بعض البلاد فينتفع به في العمليات يريد في القضايا المتعلقة بالاحكام

(فصل) واذا تقرر انه اذا كانت المسئلة ذات أقوال أو روايات فالفتوى والحكم بقول مالك رضي الله تعالى عنه المرجوع اليه وليس له ان يختار قولا يفتي أو يحكم به وتقدم ان بعضهم حمل قول ابن القاسم على انه القول المرجوع اليه فمما يزيد ذلك تقوية ما نقله ابن أبي جمرة في اقليد التقليد قال قال بعض الشيوخ اذا اختلف الناس عن مالك رضي الله تعالى عنه فالقول ما قاله ابن القاسم وعلى ذلك اعتمد شيوخ الاندلس وافريقية اذ ترجح ذلك عندهم قال أبو عمر بن عبد البر كان اصبغ بن خليل صاحب رياسة الاندلس خمسين سنة وكان فقيرا لم يكتسب شيأ ولا ترك مالا اذ بلغت تركته كلها مائة دينار قال وسمعت احمد بن خالد يقول دخلت يوما على اصبغ بن خليل فقال لي يا أحمد فقلت نعم فقال انظر الى هذه الكوة الكوة على رأسه في حائط بيته فقلت له نعم فقال والله الذي لا اله الا هو لقد رددت منها ثلثمائة دينار صحاحا على ان افتي في مسئلة بغير رأي ابن القاسم مما قاله غيره من أصحاب مالك فما رأيت نفسي في سعة من ذلك * وحدث ابن أبي جمرة عن أبيه عن محمد بن نصر عن أحمد بن زياد عن محمد بن وضاح عن سحنون قال سمعت ابن القاسم يقول رضيت بمالك بن أنس لنفسي وجعلته بيني وبين النار قال ابن وضاح وقال سحنون وأنا رضيت ابن القاسم لنفسي وجعلته بيني وبين النار قال ابن وضاح وما سحنون بدونهما قال ابن زياد وأنا رضيت ابن وضاح لنفسي (تنبيه) وهذا ليس على اطلاقه ففي الطرر على التهذيب لابي الحسن الطنجي قال قول مالك في المدونة أولى من قول ابن القاسم فيها لانه الامام الاعظم وقول ابن القاسم فيها أولى من قول غيره فيها لانه أعلم بمذهب مالك

وليته غيره * فيكتب في تقديم الاب على ابنته البكر وكل فلان فلانا على عقد نكاح ابنته البكر في حجره من يراه شاكلة لها وبما يراه من الصداق وكيفما يراه وقبض ما يجب قبضه منه والابراء منه ووضعه فيما يجب لها وتكرار العقد والمراجعة عليها كلما احتاجت الى ذلك على الدوام توكيلا تاما أقامه لها مقامه وبدلا منه وقبل ذلك منه وشهد عليهما به * فان جعل له انكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استئمار زدت ذلك في العقد المذكور وكذلك ان جعل له أن يقدم من يراه كذلك وتقول في ذلك ما نصه وجعل له انكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استئمار وأن يقدم من شاء بمثل التقديم المذكور أو بما شاء منه * ويعقد في تقديم ولي اليتيمة البكر عقد وكل فلان فلانا على عقد نكاح اخته فلانة شقيقته او بنت عمه فلانة او محجورته فلانة مع من يراه شاكلة لها وبما يراه من الصداق وتكرار العقد عليها والمراجعة كلما احتيج الى ذلك وكالة تامة أقامه لها مقامه في ذلك وبدلا منه وقبل ذلك منه وشهد عليهما وكذلك تعقد في نكاح الثيب على نحو ذلك فان زوجها الوكيل فان كان وكيل الاب او الوصي فتجعل قبض النقد اليه ثم تقول ما نصه أنكحها اياها فلان بتقديم والدها اياه على ذلك التقديم التام وهي بكر في حجر والدها وولايته (وان) كانت يتيمة مهملة (قلت ما نصه) انكحه اياها باذنها ورضاها وبتقديم اخيها او عمها فلان ابن فلان وهي بكر بالغ في سنها (وان) كانت ثيبا (فتعقد فيها ما نصه) انكحه اياها باذنها ورضاها وتفويضها ذلك اليه فلان ابن فلان بتقديم اخيها أو عمها اياه على ذلك التقديم التام وهي ثيب مالكة أمرها وتبنى على ما تقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والوكيل المتولي العقد وتنص على معرفة التقديم بالاشهاد كما تقدم في الايصاء * فان كان المقدم أو الوصي امرأة فلا تلي العقد بنفسها ولا بد لها ان

تقدم رجلا يتولى العقد (فتقول ما نصه) انكحه اياها فلان ابن فلان بتقديم فلانة الوصية على الزوجة او المقدم لعقد نكاح الزوجة المذكورة بتقديم اخيها او ابيها اياها التقديم التام ثم تقول وهى بكر او ثيب وتبنى على ما تقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والمرأة بتقديمها الولى .. المذكور وعلى المتولى للعقد عليها معها وتضمن معرفة تقديم الولى للمرأة والايصاء بالاشهاد كما تقدم * وكذلك ان كان المقدم او الوصى عبدا لا يتولى العقد بنفسه ويقدم رجلا حرا يتولى العقد كما تقدم فى المرأة وللمرأة أن تقدم على انكاح محجورتها اذا كانت ناظرة عليها بتقديم القاضى فى قول من يمنع ان تقدمها عن المحجورة على الخصام وغيره لان هذا ضرورة ولا يخالف فى هذا من يمنع هنالك وقال ابن الحاج فى نوازله اذا كانت المرأة حاضنة فهل لها ان تقدم آخر يعقد نكاح محضونتها أم لا فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء ومنع منه ابن الطلاع وابن حمدين (وسئل ابن رشد) فى رجل ترك زوجة وبنات فقدم حكم الجهة للام على البنات فزوجت الام احدى البنات وقدمت لعقد النكاح اخاها خال البنت وللبنت اولاد عم غيب على مسافة يومين فلما علموا بذلك ارادوا فسخه (فأجاب) النكاح صحيح جائز لا سبيل الى فسخه الا ان يثبت الاولياء ان الزوج غير كفء وان تزويجها ضرر بينة عادلة ولا يكون للزوج فى ذلك مدفع

(انكاح المولى الاعلى والمولى الاسفل والكافل والمربى والاجنبى بالولاية العامة)

تعقد فى انكاح المولى الاعلى مثل ما تعقد فى انكاح الاخ والعم ثم تقول انكحه اياها فلان بن فلان مشهور مولاها الذى اعتقها ان كان هو الذى تولى عتقها أو مولاها بولاية العتاقة ان كان أعتقها أبوه أو غيره ممن يجر له الولاء وكذلك تعقد فى المولى الاسفل على الرواية التى أتت فى ذلك عن مالك اذ فى ولايته فى المذهب قولان * فتعقد فيه ما نصه أنكحه

رضى الله تعالى عنه وقول غيره فيها أولى من قول ابن القاسم فى غيرها وذلك لصحتها

(فصل) فتقرر بما ذكرناه ان قول ابن القاسم هو المشهور فى المذهب اذا كان فى المدونة والمشهور فى اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدونة والعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة فى تعيين المشهور ويشهرون بعض الروايات والذى جرى به عمل المتأخرين اعتبار تشهير ما شهره المصريون والمغاربة قال ابن راشد وسمعت بعض الفضلاء ينكر لفظة مشهور فانه قد يشتهر عند الناس شئ وليس له أصل قال وانما يعول على ما يعضده الدليل وقال ابن بشير اختلف فى المشهور على قولين أحدهما انه ما قوى دليله والآخر ما كثر قائله والصحيح انه ما قوى دليله قال ابن راشد ويعكر على القول الاول ان الاشياخ ربما ذكروا فى قول انه المشهور ويقولون ان القول الآخر هو الصحيح اه وليس فى هذا اشكال لان المشهور هو مذهب المدونة وقد يعضد القول الآخر حديث صحيح ورد بما رواه مالك ولا يقول به لمعارض قام عند الامام لا يحققه هذا المقلد ولا يظهر له وجه العدول عنه فيقول والصحيح كذا لقيام الدليل وصحة الحديث وكثيرا ما يفعل ذلك ابن العربى وابن عبد السلام فى شرح ابن الحاجب قال ابن الصلاح وليس كل فقيه يسوغ له ان يستقل بالعمل بما يراه حجة من الحديث ولما قال الشافعى رضى الله تعالى عنه اذا صح الحديث فهو مذهبى سلك بعض الشافعية هذا المسلك فاخذ باحاديث تركها الشافعى رضى الله تعالى عنه عمدا على علم منه بصحتها لمانع اطلع عليه وخفى على غيره وقد صنف الامام ابن حزم كتابا اعترض فيه على الامام مالك رضى الله تعالى عنه فى الاحاديث التى رواها ولم يعمل بها وسرد الاحاديث وشنع عليه فى ذلك ووقفت على الجواب عن ذلك للقاضى أبى اسحق بن عبد الرفيع التونسى فلا يلزم من عدم اطلاعهم على المعارض انتفاؤه وقال ابن راشد ويعكر على القول الثانى ان المشهور ما كثر قائله ان بعض المسائل وجدنا المشهور فيها المنع والاكثرون على الجواز مثل مسئلة التزام المرأة لزوجها ارضاع ولدها حولين كاملين عند الطلاق والتزام نفقته وكسوته سنتين بعد الحولين والمشهور ان ذلك لا يلزم الا فى الحولين فقط ويسقط الزائد والذى جرى به العمل واستقر عليه أحكام فقهاء الاندلس امضاء ذلك بعد الحولين اه قال ابن خويزمنداد ومسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوى دليله وان مالكا رضى الله تعالى عنه كان يراعى من الخلاف ما قوى دليله لا ما كثر قائله وقد أجاز رضى الله تعالى عنه الصلاة على جلود السباع اذا ذكيت وأكثرهم على خلافه وأباح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه وأجاز أكل الصيد اذا أكل منه الكلب ولم يراع فى ذلك خلاف الجمهور واستدل على ذلك ابن خويزمنداد فى كتابه الجامع لاصول الفقه بمسائل وأدلة من الحديث يطول ذكرها * وأما ما وقع فى كلام ابن الحاجب من ذكر الاشهر مرة وذكر المشهور اخرى فقال ابن راشد ان ذكر الاشهر فى اصطلاحه يدل على أن القول الآخر مشهور لان صيغة افعل ظاهرة فى التفضيل ولكنى رأيته يطلق الاشهر على ما يقول غيره فيه انه

اياها فلان مولاها الذى أنعمت عليه بالعتق أو فلان معتق أبيها وتكمل العقد كما تقدم فى انكاح الاخ فى البكر والثيب سواء
(وتعقد) فى انكاح الكافل والمربى مثل ذلك * وتقول فى البكر اليتيمة مانصه أنكحه اياها كافلها ومربيها فلان ابن فلان وهى
بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة فى كفالة فلان المذكور واياله وتبنى على ماتقدم ٥١ (وتعقد فى الثيب) أنكحه اياها باذنها ورضاها
وتفويضها ذلك اليه كافلها
أومربيها فلان وهى ثيب
وتبنى على ماتقدم وتجعل
قبض النقد لليتيمة البكر
للكافل الذى زوجها وفى
قبضه براءة الزوج (بيان)
المولى الاعلى من الاولياء
باتفاق وأما المولى الاسفل
ففيه اختلاف فى المذهب
هل يكون وليا من الاولياء
فى النكاح أم لا كما تقدم قال
فى المدونة وهو من الاولياء
اذا كان له الصلاح ويجوز له
انكاحها من نفسه وذكر
المازرى ان فى ذلك خلافا
والكافل والمربى من أولياء
المرأة بكرا كانت أوثيبا لانه
القائم بأمرها وقد جمع النظر
لها وولاية الاسلام وهو لها
كالاب والمشهور فى المذهب
ان المولى أحق منه بالانكاح
أخوة كانوا أو عصبة وروى انه
أحق من الاولياء فان كان
أبوها حيا فهل يسوغ له
العقد عليها دون أبيها فى ذلك
قولان قال ابن رشد وقد أنزله
فى المدونة منزلة الوكيل فى
حياة أبيها فلا يحتاج الى رضاها
ولم يرله فى سماع أشهب انكاحها
الا أن يجعل له ذلك الاب نصا
ويزوج المرأة الثيب اذا كانت
فى كفالته وان لم يكن قد كفلها
فى حال صغرها وبكارتها فان كفلها بكرا وربّاها وزوجها ثم مات الزوج أو طلقها قبل البناء فهل يكون له ان يزوجها ثانية أم لا
حكى ابن فتحون عن القاضى أبى الوليد الباجى انه قال ينكحها بالكفالة الاولى أبدا وحكى عن غيره انها اذا عادت الكفالة
حسبما كانت عليه زوجها وان لم تعد الى كفالته لم يزوجها بالكفالة الاولى واختلف فى ذلك فقهاء قرطبة فقال بعضهم انه

مشهور قال فيحتمل أن يكون قصد هذه العبارة لرشاقتها وقلة حروفها والله أعلم انتهى
وهذا مقصد بعيد عن مراد المؤلف وقال غيره لعله قصد ذلك لقيام الاشهرية عنده
وهذا أيضا أبعد من الاول فان المؤلف رحمه الله تعالى كان مشهورا بالورع التام والتحرز
من أن يدخل فى مثل هذه العهدة والذى يظهر والله أعلم أن قصده الافادة بما نقله أئمة
المذهب وقد تقدم ان العراقيين يخالفون فى المشهور وكذلك جماعة من المتأخرين من
المصريين والمغاربة يخالفون فى المشهور كابن العربى من المغاربة والقاضى سند من
المصريين وغيرهما من الشيوخ فأفاد بقوله الاشهر تعيين المشهور الذى هو مذهب
المدونة وان القول الثانى شهره بعض الائمة وفائدة ذلك أن الحكم والفتوى يكون بالاشهر
لا بالقول المقابل له والله سبحانه وتعالى أعلم
(فصل) يلزم القاضى المقلد اذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه وذكر عن المازرى رحمه
الله تعالى انه بلغ رتبة الاجتهاد وما أفتى قط بغير المشهور وعاش ثلاثا وثمانين سنة وكفى
به قدوة فى هذا فان لم يقف على المشهور من الروايتين أو القولين فليس له التشهى
والحكم بما شاء منهما من غير نظر فى الترجيح فقد قال أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى
فى كتاب أدب المفتى والمستفتى اعلم بأن من يكتفى بأن يكون فتياه أو عمله موافقا لقول
أو وجه فى المسئلة ويعمل بما شاء من الاقوال والوجوه من غير نظر فى الترجيح فقد جهل
وخرق الاجماع وسبيله سبيل الذى حكى عنه أبو الوليد الباجى المالكى من فقهاء
أصحابه أنه كان يقول ان الذى لصديقى على اذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التى
توافقه وحكى الباجى عمن يثق به انه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب جماعة من
فقهائهم يعنى فقهاء المالكية من اهل الصلاح بما يضره فلما عاد سألهم فقالوا ما علمنا
انها لك وافتوه بالرواية الاخرى التى توافق قصده قال الباجى وهذا مما لا اختلاف فيه
بين المسلمين ممن يعتد به فى الاجماع انه لا يجوز قال ابن الصلاح وقد قال مالك رضى
الله تعالى عنه فى اختلاف اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله تعالى عنهم
مخطئ ومصيب فعليك بالاجتهاد وقال ليس كما قال ناس فيه توسعة لنا قال ابن
الصلاح قلت لا توسعة فيه بمعنى أنه يتخير بين اقوالهم من غير توقف على ظهور الراجح
وفيه توسعة بمعنى ان اختلافهم يدل على ان للاجتهاد مجالا فيما بين اقوالهم وان ذلك ليس
مما يقطع فيه بقول واحد متعين لا مجال للاجتهاد فى خلافه قال فاذا وجد من ليس
أهلا للتخريج والترجيح بالدليل اختلافا بين أئمة المذهب فى الاصح من القولين
أو الوجهين فينبغى ان يفزع فى الترجيح الى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بآرائهم فيعمل
بقول الاكثر والاورع والاعلم فاذا اختص واحد منهم بصفة أخرى قدم الذى هو أحرى
منهما بالاصابة فالاعلم الورع مقدم على الاورع العالم واعتبر ذلك فى هذا كما اعتبرنا
فى الترجيح عند تعارض الاخبار صفات رواتها وكذلك اذا وجد قولين أو وجهين

لم يبلغه عن أحد من أئمته بيان الاصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما أو قائليهما فما رواه المزني
والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ما حكاه ابو سليمان الخطابي عنهم والمزني
والربيع من كبار أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه دون ابي سليمان الخطابي
وهذا الحكم جار في أصحاب المذاهب الاربعة ومقلديهم قال ابن الصلاح وفيما استفدته
من الغرائب بخراسان عن الشيخ حسين بن مسعود صاحب التهذيب عن شيخه القاضي
حسين بن محمد قال اذا اختلف قول الشافعي رضي الله تعالى عنه في مسئلة وأحد القولين
يوافق مذهب ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه فأيهما أولى بالفتوى قال الشيخ ابو حامد
ما يخالف قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أولى لانه لولا ان الشافعي رضي الله تعالى
عنه عرف فيه معنى خفيا لكان لا يخالف أبا حنيفة رضي الله عنه وقال الشيخ القفال
ما يوافق قول ابي حنيفة رضي الله عنه أولى قال وكان القاضي يذهب الى الترجيح بالمعنى
ويقول كل قول كان معناه أرجح فذلك أولى وأفتي به قال قلت وقول القفال المروزي
أظهر من قول ابي حامد الاسفرايني وكلاهما محمول على ما اذا لم يعارض ذلك من جهة
القول الآخر ترجيح آخر مثله أو أقوى منه وهذه الانواع من الترجيح معتبرة ايضا
بالنسبة الى أئمة المذهب قال ابن ابي زيد في أول النوادر ان كتابه اشتمل على كثير من
اختلاف المالكيين قال ولا ينبغي الاختيار من الاختلاف للمتعلم ولا للمقصر ومن لم يكن
فيه محل لاختيار القول فله في اختيار المتعقبين من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل
سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون
وابن المواز أكثرهم تكلفا للاختيارات وابن حبيب لا يبلغ في اختياراته وقوة رواياته
مبلغ من ذكرنا * واعلم انه لا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى ومن عرف بذلك لم يجز أن
يستفتى وكذلك الحاكم ولا فرق بين المفتي والحاكم الا أن المفتي مخبر والحاكم ملزم
والتساهل قد يكون بأن لا يتثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقها من النظر
والفكر وربما يحمله على ذلك توهمه أن الاسراع براعة والابطاء عجز ومنقصة وذلك
جهل فلأن يبطئ ولا يخطئ أجمل به من أن يعجل فيضل ويضل وقد يكون تساهله وانحلاله
بأن تحمله الاغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحظورة أو المكروهة والتمسك بالشبه
طلبا للترخص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يريد ضره قال ابن الصلاح ومن فعل
ذلك فقد هان عليه دينه ونسأل الله العفو والعافية قال أما اذا صح قصد المفتي واحتسب
في تطلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر الى مفسدة ليخلص بها المستفتي من ورطة يمين أو نحوها
فذلك حسن جميل وقال القرافي لا ينبغي للمفتي اذا كان في المسئلة قولان احدهما فيه
تشديد والآخر فيه تخفيف أن يفتي العامة بالتشديد والخواص من ولاة الامور بالتخفيف
وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين وذلك دليل فراغ القلب
من تعظيم الله تعالى واجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب الى الخلق

ينقطعها ثانية وولايته باقية عليها في النكاح وبه قال ابن عتاب وقال بعضهم لا ينكحها وترجع الولاية الى غيره وبه قال ابن
القطان ذكر ذلك ابن الطلاع في وثائقه واستحسن هو من رأيه انه ان كان الكافل خيرا فاضلا فولايته باقية عليها
وينكحها وان كان على خلاف 52 ذلك فلا ينكحها وقال ابن زرب ان المرأة الكافلة ليس لها تزويج مكفولتها
وهي في ذلك بخلاف الرجل
وذكر ابن الحاج في نوازله ان
الفقهاء اختلفوا في ذلك
بقرطبة فاجاز ذلك جماعة من
الفقهاء ان تقدم على عقد
نكاح محضونتها ومنع ابن
الطلاع ذلك وابن حدير وقد
تقدم ذلك (فصل) وتعقد
في انكاح الاجنبي للدنية
المسكينة التي لا ولي لها على
ما جرى به العمل ما نصه هذا
ما أصدق فلان زوجته فلانة
أصدقها كذا وكذا نقدا وكالئا
النقد منه كذا برسم الحلول
والكالئ كذا مؤخرا الى أجل
كذا ثم تقول في البكر أنكحه
اياها جارها فلان وهي بكر بالغ
في سنها يتيمة مهملة لا ولي لها
حاضر ولا غائب لضعفها
وعجزها عن اتيان السلطان
واقامة البينة على حالها وتبني
على ما تقدم (وتعقد) في الثيب
أنكحه اياها باذنها ورضاها
وتفويضها ذلك اليه فلان ابن
فلان الفلاني لضعفها وعجزها
عن اتيان السلطان واقامة
البينة على حالها وهي ثيب
مالكة أمرها خلو من
الزوج والعدة حل للنكاح
وتبني على ما تقدم في التي
زوجها أخوها أو عمها في البكر
والثيب (بيان) أجاز مالك أن
يعقد الرجل الصالح نكاح المرأة الاجنبية الدنية مثل المسكينة والمعتقة والاسلامية وان كان منها اجنبيا اذا دون
لم يكن لها ولي وسواء كان في البلد سلطان أو لم يكن اذا لم تصل الى السلطان لاعسقة وهو الذي قاله ابن القاسم في المدونة وجرت
به الفتوى والعمل وروى أشهب عن مالك ان الدنية وغيرها سواء لا يزوجها الا ولي أو سلطان * فان زوج المرأة أجنبي مع

دون الحالق نعوذ بالله من صفات الغافلين والحاكم كالمفتى فى هذا (سؤال) ذكره القرافى فى كتاب الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام السؤال الثانى والعشرون هل يجب على الحاكم أن لا يحكم الا بالراجح عنده كما يجب على المجتهد أن لا يفتى الا بالراجح عنده أوله أن يحكم بأحد القولين وان لم يكن راجحا عنده والجواب ان الحاكم ان كان مجتهدا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتى الا بالراجح عنده وان كان مقلدا جاز له أن يفتى بالمشهور فى مذهبه وأن يحكم به وان لم يكن راجحا عنده مقلدا فى رجحان القول المحكوم به امامه الذى يقلده كما يقلد فى الفتيا وأما اتباع الهوى فى الحكم والفتيا فحرام اجماعا نعم اختلف العلماء فيما اذا تعارضت الادلة عند المجتهد أو تساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان أو يختار واحدا منهما يفتى به قولان للعلماء فعلى القول بأنه يختار أحدهما يفتى به له أن يختار أحدهما يحكم به مع انه ليس أرجح عنده بطريق الاولى لان الفتيا شرع عام على المكلفين الى قيام الساعة والحكم يختص بالوقائع الجزئية فاذا جاز الاختيار فى الشرائع العامة فأولى أن يجوز فى الامور الجزئية الخاصة وهذا مقتضى الفقه والقواعد وعلى هذا التقرير يتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوى اما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الاجماع وقال أيضا فى أول هذا الكتاب ان للحاكم أن يحكم بأحد القولين المستويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين اجماعا فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه فى قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وقال عز الدين بن عبد السلام الشافعى من كان لامامه فى المسئلة قولان فله أن يقلد أيهما أحب نقله ابن عبد النور التونسى فى الفتاوى

(فصل) وفى الفتاوى لابن عبد النور * وسئل الشيخ ابو محمد بن أبى زيد عن الرجل اذا لم يستبحر فى العلم وانما نظر فى المدوّنة والموطأ والمختصر ونحو ذلك يسئل عن النازلة هل له أن يفتى بما رآه فى هذه الدواوين لمالك رضى الله تعالى عنه أو لاحد من اصحابه أو باختيار لسحنون أو لابن سحنون أو لابن المواز وشبههم * فأجاب عن ذلك اذا سئل عن نازلة وجدها فى هذه الكتب فليفت بها ويحمل نفسه عليها ان نزلت به وكذلك ان وجد مثلها لابن القاسم أو لاحد من نظرائه أو لم يجدها الا لسحنون أو لابنه أو لابن المواز أو لاصبغ أو لابن عبدوس أو شبه هؤلاء فان كان شيأ يختلف فيه بين اصحاب مالك رضى الله تعالى عنه أو لاحد من هؤلاء المعينين فيه اختيار مثل سحنون واصبغ ومن دونهما من ابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز ونحوهم فله أن يفتى باختيار من وجد من اختيار هؤلاء ولا سيما انك قلت والبلد عار ولا يرده الى من هو دونه أو من يحمله على غير مذهب أهل المدونة وكذلك ان كتب الى من اتسع فى العلم واستبحر فأفتاه بشئ وسعه أن يعمل به ويحمل عليه من سأله ايضا

(فصل) قال المازرى فى كتاب الاقضية الذى يفتى فى هذا الزمان أقل مراتبه

وجود الولى فان كان ممن له الاجبار كالاب لم يجز وان أجازه وان لم يكن له الاجبار فاما أن تكون ذات قدر أو دنية فان كانت ذات قدر فقال مالك يفسخه بالبين ولكنه أحب الى وتوقف اذا أجازه الولى بالقرب وقال ابن القاسم له اجازة ذلك ورده مالم يبن وفى المدونة ان دخل بها عوقبت المرأة والزوج والمنكح والشهودان علموا وان كانت دنية ففيها قولان أحدهما ان النكاح ماض مطلقا والثانى كذات القدر

(انكاح الولى وليته من نفسه أو الوصى من قبل الاب)

تقول فى البكر هذا ما أصدق فلان زوجه فلانة أصدقها كذا وكذا نقدا وكالئا النقد منه كذا برسم الحلول على الزوج الى أن يبرأ منه بالبيان الواضح والكالئ كذا مؤخرا الى أجل كذا ثم تقول أنكحها من نفسه باذنها ورضاها فلان الزوج المذكور اذ هو ابن عمها الحا وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للناكح بعد الاستئمار الواجب وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر استئمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامتة صمتا يفهم منه الرضا بعد ان أعلمت بالناكح والمهر وان اذنها صماتها فصمتت راضية به وفى تاريخ كذا (وتعقد فى الثيب مانصه) أصدق فلان زوجه فلانة كذا وكذا نقدا وكالئا النقد منه كذا قبضته وأبرأته منه والكالئ كذا مؤخرا الى أجل كذا * ثم تقول أنكحها من نفسه باذنها ورضاها وتفويضها ذلك اليه فلان الزوج المذكور اذ هو ابن عمها الحا وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور والزوجة فلانة المذكورة بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال الصحة والجواز وفى كذا (وتعقد فى الوصى مانصه).

فى نقل المذهب أن يكون قد استبحر فى الأطلاع على روايات المذهب وتأويل الأشياخ لها وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق الى النفس تباعدها وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع فى النفس تقاربها وتشابهها الى غير ذلك مما بسطه المتأخرون فى كتبهم وأشار اليه من تقدم من اصحاب مالك رضى الله عنه فى كثير من رواياتهم فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب (وسئل) ابن أبى زيد أيضا عن المفتى يخبر المستفتى باختلاف الناس (فأجاب) من الناس من يقول أن المستفتى اذا استفتى المفتى فيخبره باختلاف الناس ان له أن يختار لنفسه فى أى الاقوال شاء بمنزلة رجل دخل المسجد فوجد أبا المصعب فى مجلس وابن وهب فى مجلس وغيرهما كذلك فله أن يقصد أيهما شاء فيسأله ولا فرق بين أن يعمل بقول من شاء منهم وهم أحياء او يختار ما ثبت من أقوالهم بعد موتهم قلت لابى محمد فما تقول أنت فى ذلك قال أما من فيه فضل الاختيار فله أن يختار لنفسه ومن لم يكن فيه فضل الاختيار فلا رجلا يقوى فى نفسه فاختيار الرجل كاختيار القول اه وقوله قلد رجلا يقوى فى نفسه موافق لما نقله ابن الصلاح قبل هذا من الترجيح بين أقوال أهل المذهب وانه يقدم قول الاعلم الورع على الاورع العالم والحاكم كالمفتى فى الاخذ باختيار أحد الائمة المجتهدين فى المذهب ويلحق بهم من اتسع فى العلم واستبحر فيه كما قال ابن أبى زيد قال ابن هشام فى مفيد الحكام واذا لم يكن القاضى من أهل العلم واختلف عليه العلماء فيما يشاورهم فيه فقيل يأخذ بقول اعلمهم وقيل بقول أكثرهم وقيل يأخذ بقول من شاء منهم وفى المتيطية ينظر فى أقوالهم فما رآه عنده أقرب الى الحق اخذ به

(فصل) قال ابن الصلاح لا يجوز لمن كانت فتياه نقلا لمذهب امامه اذا اعتمد فى نقله على كتب ان يعتمد الا على كتاب موثوق بصحته وجاز ذلك كما جاز اعتماد الراوى على كتابه واعتماد المستفتى على ما يكتبه المفتى وتحصل له الثقة بما يجده فى نسخة غير موثوق بصحتها بأن يجده فى نسخ عدة من أمثالها وقد تحصل له الثقة بما يجد فى النسخة التى هى غير موثوق بها بان يراه كلاما منتظما وهو خبير فطن لا يخفى عليه فى الغالب مواقع الاسقاط والتغيير واذا لم يجده الا فى موضع لم يثق بصحته نظر فان وجده موافقا لاصول المذهب وهو أهل لتخريج مثله على المذهب لو لم يجده منقولا فله أن يفتى به فان أراد ان يحكيه عن امامه فلا يقول قال الشافعى مثلا كذا وكذا أو بلغنى عنه أو ما اشبه ذلك من العبارات وأما اذا لم يكن اهلا لتخريج مثله فلا يجوز له ذلك فيه وليس له ان يذكره بلفظ جازم مطلق فان سبيل مثله النقل المحض لانه لم يحصل له ما يجوز له مثل ما جاز للاول ويجوز له أن يذكر فى غير مقام الفتوى مفصحا بحاله فيه فيقول وجدته فى نسخة من الكتاب الفلانى أو من كتاب فلان لا أعرف صحتها أو وجدت عن فلان كذا وكذا أو بلغنى عنه كذا وكذا وما اشبه ذلك من العبارات (وسئل) عز الدين بن عبد السلام عن المقلد والمفتى يأخذ

هذا ما أصدقه فلان بن فلان فلانة البكر فى حجره وولايته أصدقها كذا نقدا وكالئا النقد منه كذا بالحلول الى أن يبرأ منه بالبنيان الواضح والكالئ كذا مؤخرا الى أجل كذا ثم تقول أنكحها من نفسه فلان الزوج المذكور لانه والناظر عليها بعهد أبيها اليه أو بتقديم القاضى اياه على النظر لها وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة فى حجره كما ذكر وولايته خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب شهد على الناكح المنكح الزوج المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر الاستئمار ويعلم صحة الايصاء والسداد لليتيمة فى هذا النكاح وفى تاريخ كذا وتعقد فى الثيب نحو ما تقدم بيان لا يصلح بالزوج أن يدخل بزوجته حتى يقدم لها معجل صداقها أو مقدار ربع دينار منه فان رضيت بالدخول دون أن يقدم لها شيأ من صداقها فهو مكروه وليس بحرام وان ذهب هذا الزوج الى دفع النقد والبراءة منه فله ذلك باحد ثلاثة أوجه أحدها أن يبتاع لها به أسبابا من جهازها ان كان غنيا ويدفع ذلك للزوجة بحضر الشهود وتقبضها منه بالمعاينة سواء كان الدفع فى بيت البناء أو غيره فان كان هذا الدفع بعد عقد النكاح فلا بد أن تنطق ويشهد عليها بقبض ذلك بالنطق وان كان ذلك فى نفس العقد حين الاستئمار فهل تنطق بقبض ذلك أو يجزئ صمتها فى ذلك قولان وقد تقدم ذكرهما والوجه الثانى أن يحضر ذلك فى بيت البناء ويعاينه الشهود بدوان لم يدفع ذلك اليها والوجه الثالث أن يوجه ذلك الى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقوموه ويعاينوه ولا يفارقوه حتى يتوجه به وان لم يصحبه الشهود الى البيت ذكره ابن حبيب فان فعل الزوج أحد هذه الاوجه الثلاثة وصيا كان أو غيره برئ وكذا كل من استقر عليه أو عنده صداق يتيمة أو زوجة لا يصح قبضها اذا فعل أحد هذه الاوجه الثلاثة برئ

يقول ينسب الى امامه ولا يرويه هذا المفتي عن صاحب مذهبه وانما حفظه من كتب
المذهب وهي غير مروية ولا مسندة الى مؤلفيها فهل يسوغ لمن هذه حاله الفتيا أم لا وهو
سؤال طويل فيه مسائل عديدة (فأجاب) عن هذا الفصل بان قال وأما الاعتماد على
كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها
لان الثقة قد حصلت بها كما تحصل بالرواية وكذلك قد اعتمد الناس على الكتب المشهورة
في النحو واللغة والطب وسائر العلوم لحصول الثقة بذلك وبعد التدليس ومن اعتقد ان
الناس اتفقوا على الخطا في ذلك فهو أولى بالخطا منهم ولولا جواز اعتقاد ذلك لتعطل
كثير من المصالح المتعلقة بالطب والنحو واللغة والعربية في الشريعة وقد رجع الشرع الى
أقوال الاطباء في صور وليست كتبهم في الاصل الا عن قوم كفار ولكن لما بعد التدليس
فيها اعتمد عليها كما اعتمد في اللغة على أشعار كفار من العرب لبعد التدليس فيها قال ابن
الصلاح قال الصيمري قلما وجد التزوير على المفتي وذلك ان الله سبحانه وتعالى حرس أمر
الدين فلله الحمد والشكر (مسئلة) ومثل هذا ما ذكره القرافي في كتاب الاحكام في تمييز
الفتاوى عن الاحكام فقال كان الاصل يقتضي ان لا تجوز الفتيا الا بما يرويه العدل عن
العدول عن المجتهد الذي يقلده المفتي حتى يصح ذلك عند المفتي كما تصح الاحاديث عند
المجتهد لانه نقل لدين الله تعالى في الموضعين وعلى هذا كان ينبغي أن يحرم غير ذلك غير ان
الناس توسعوا في هذا العصر فصاروا يفتون من كتب يطالعونها من غير رواية وهو خطر
عظيم في الدين وخروج عن القواعد غير ان الكتب المشهورة لاجل شهرتها بعدت بعدا
شديدا عن التحريف والتزوير فاعتمد الناس عليها اعتمادا على ظاهر الحال وكذلك أيضا
اهملت رواية كتب النحو واللغة بالعنعنة عن العدول بناء على بعدها عن التحريف وان
كانت اللغة هي أساس الشرع في الكتاب والسنة فاهمال ذلك في النحو واللغة والتصريف
قديما وحديثا يعضد أهل العصر في اهمال ذلك في كتب الفقه بجامع بعد الجميع عن
التحريف وعلى هذا تحرم الفتيا من الكتب الغريبة التي لم تشتهر حتى تتظافر عليها الخواطر
ويعلم صحة ما فيها وكذلك الكتب الحديثة التصنيف اذ لم يشتهر اعزاء ما فيها من النقول
الى الكتب المشهورة او يعلم ان مصنفها كان يعتمد هذا النوع من الصحة وهو موثوق بعدالته
وكذلك حواشي الكتب تحرم الفتوى بها لعدم صحتها والوثوق بها اه ومراده اذا كانت
الحواشي غريبة النقل وأما اذا كان ما فيها موجودا في الامهات أو منسوبا الى محله وهي
بخط من يوثق به فلا فرق بينها وبين سائر التصانيف ولم تزل العلماء وأئمة المذهب ينقلون
ما على حواشي كتب الائمة الموثوق بعلمهم المعروفة خطوطهم وذلك موجود في كلام
القاضي عياض والقاضي أبي الاصبغ بن سهل وغيرهما اذا وجدوا حاشية يعرفون كاتبها
نقلوا ذلك عنه ونسبوه اليه وادخلوا ذلك في مصنفاتهم واما حيث يجهل الكاتب ويكون
النقل غريبا فلا شك فيما قاله القرافي رحمه الله تعالى ومن ذلك الطرر لابي ابراهيم الاعرج

واحسنها الوجه الاول وذكر ابن العطار في وثيقة اليتيمة يزوجها الوصي من نفسه بعد ان فوضت اليه وقد اختلف في هذا
الفصل هل للمرأة أن تفوض أمرها الى الولي فانكر ذلك ابن حبيب وقال ابن عبد الغفور عن ابن القاسم لا بد أن يذكر تفويض
المرأة الى الولي قال فضل وهو أجمع الخلاف وقال في الاستغناء مذهب الشيوخ أن يذكر في صدقات
المنكحات من النساء التفويض
الى الولي ما لم يكن أبا في البكر
خاصة وكل حسن جائز وفرق
ابن زرب بين البكر والثيب فقال
للثيب أن تفوض وليس للبكر
أن تفوض وذكر ابن مغيث
في وثيقة اليتيمة البكر بعد ان
استأمرها وفي وثيقة الثيب
اليتيمة ذات الوصي بعد ان
فوضت اليه قال وهذا اذا كان
لها أولياء وأما ان لم يكن لها
الا ولي واحد فليس لها أن
تفوض قال القاضي أبو الوليد
والخلاف في ذلك جار على
الخلاف في الولاية هل هي حق
للمرأة أو حق للولي وكره
مالك للوصي انكاح محجورته
أو انكاحها من أحد بنيه فان
وقع وكان صوابا امضي والا فسخ
ما لم يطل وضمن ابن العطار في
وثيقته معرفة السداد وقال
في انكاح السلطان لا يحتاج
الى ذلك وسوى ابن فتحون بينهما
في وثائقه

(انكاح البكر التي غاب أبوها أو التي رشدها)

لا تزوج هذه البكر التي غاب
أبوها حتى يثبت هذا العقد
يعرف شهوده فلانة بنت فلان
ويعلمونها بكرا بالغا قد بلغت
سن التزويج ودعت الى
النكاح وان والدها غاب بحيث لا يعلم منذ كذا غيبة انقطاع ولم يرجع من مغيبه حتى الآن ولا يعلمونه ترك مالا ولا ما ينفق
على بنته المذكورة بحال حاجة واضطرار ويخاف عليها الضياع وان فلانا خطبها وبذل لها من المهر كذا وكذا ويعلمونه
كفؤا لها وان ما بذل لها من المهر مهر مثلها ومن النظر تزويجها لما يخاف عليها من الضيعة كما ذكر ومن عاينه ذلك

كلمعصية وتحققتم وتحرفي عن ذكر قبد على ذلك الشهادة فى كذا واذا ثبت هذا الرسم زوجت (وتعقد فى انكاحها ما نصه) هذا ما انكح فلان بن زوجه فلانة أصدقها كذا وكذا نقدا وكالئا النقد منه كذا برسم الحلول عليه الى أن يبرأمنه بالبيان والكالئ كذا مؤخرا الى أجل ٥٦ كذا ثم تقول أنكحه اياها باذنها ورضاها القاضى بموضع كذا فلان وهى بكر بالغ فى حجر

والدها الغائب وولايته خلو من الزوج وعدة أو وفاة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب وثبوت ما أوجبه ثم شهد على القاضى بجانبه عنه من أشهده به وأشهده الزوج فلان بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر استئمار الزوجة وشاهدها كما يجب شرعا وفى تاريخ كذا (بيان) ذكر ابن أبى زمنين عن بعض الموثقين أنه قال لابد أن يثبت الكفاءة فى الثيب كالبكر حكاه عنه ابن فرحون وحكى أن القاضى أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول ويكلف اثبات الكفاءة عنده ويقول ان كانت تملك نفسها فاذا دعت الى غير كفء لا يلزمنى ان أعينها على ذلك (والكفاءة) عند مالك هى النسب والدين وقال ولا أنظر الى المال ولكن انظر الى النسب فاذا زوجت من ليس مثلها فى النسب لم يجز وقال غيره ينظر الى المال قال المازرى وفى مراعاة الفقر والحرية الاصلية فى الكفاءة قولان وقال ابن القاسم فيمن دعت الى زوج فأبى وليها اذا كان كفؤا لها فى القدر والحال والمال زوجها السلطان قال عبد الملك وعلى هذا اجتمع

أصحاب مالك قال ابن بشير لا خلاف منصوص ان للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق (وسئل) ابن زرب عن قائل وليه لقوم نكحها رجل طارئ من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك أولياؤها عليها وذهبوا الى فسخ النكاح وكان قد بنى بها (فقال) لا سبيل الى حل النكاح ان كان قد دخل بها قيل له فلو لم يدخل بها فوقف وقال الذى لا شك فيه انه اذا دخل لم يفسخ

على التهذيب وهو من الكتب المعتمد عليها الموثوق بصحة ما فيها وكذلك الطرر لابن عات على الوثائق المجموعة وكذلك فى الطرر لأبى الحسن الطنجى على التهذيب من الحواشى الموثوق بها وهو من أهل العلم والدين والورع وغالب ما فيها منسوب الى محله

(فصل) ويلحق بهذا الركن بيان ما ينقض فيه قضاء القاضى وقد نص العلماء على ان حكم الحاكم لا يستقر فى أربع مواضع وينقض وذلك اذا وقع على خلاف الاجماع أو القواعد أو النص الجلى أو القياس (ومثال ذلك) كما لو حكم بان الميراث كله للاخ دون الجد فهذا خلاف الاجماع لان الامة على قولين المال كله للجد أو يقاسم الاخ وأما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد فمتى حكم به حاكم بناء على ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة والبنوة مقدمة على الابوة نقضنا هذا الحكم وان كان مفتيا لم نقلده (ومثال مخالفة القواعد) المسئلة السريجية فمتى حكم حاكم بتقرير النكاح فى حق من قال ان وقع عليك طلاقى فانت طالق قبله ثلاثا فطلقها ثلاثا أو أقل فالصحيح لزوم الطلاق الثلاث له فاذا ماتت أو مات وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه لانه على خلاف القواعد لان من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط لان حكمته انما تظهر فيه فاذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه فلا يصح ان يكون فى الشرع شرطا فلذلك ينقض حكم الحاكم فى المسئلة السريجية وهى التى وقع التمثيل بها (ومثال مخالفة النص) اذا حكم بشفعة الجار فان الحديث الصحيح وارد فى اختصاصها بالشريك ولم يثبت له معارض صحيح فينقض الحكم بخلافه (ومثال مخالفة القياس) قبول شهادة النصرانى فان الحكم بشهادته ينقض لان الفاسق لا تقبل شهادته والكافر أشد منه فسوقا وابعد عن المناصب الشرعية فى مقتضى القياس فينقض الحكم لذلك (تنبيه) قال القرافى فى معنى قول العلماء ان حكم الحاكم ينقض اذا خالف القواعد أو القياس أو النص فالمراد اذا لم يكن لها معارض راجح عليها اما اذا كان لها معارض فلا ينقض الحكم اذا كان وفق معارضها الراجح اجماعا كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة والسلم والحوالة ونحوها فانها على خلاف القواعد والنصوص والاقيسة ولكن لادلة خاصة مقدمة على القواعد والنصوص والاقيسة

(فصل) وفى مختصر الواضحة قال ابن الماجشون ومن حكم بالعمرى المعقبة وجعلها للعمر ولعقبه فلا يرد هذا الحكم قال ابن حبيب وكذا قال مطرف وقال هذا الذى عليه حكامنا بالمدينة وكذا قال لى أصبغ وقاله ابن عبد الحكم أيضا قال ابن عبد الحكم وان كنت قد سمعت ابن القاسم يقول فى الذى يطلق امرأته البتة فيرفع أمره الى من لا يرى البتة فيجعلها واحدة فتزوجها قبل أن تنكح زوجا غيره انه يفرق بينه وبينها وليس هذا من الاختلاف الذى يقر اذا حكم به قال ابن عبد الحكم ولست أراه وأرى ان يقر كل قضاء قضى به مما اختلف الناس فيه كائنا ما كان ما لم يكن خطأ بينا لم يأت فيه خلاف من أحد

(فصل) فى نقض القاضى أحكام نفسه وله ذلك ان ظهر له الخطأ وان كان قد أصاب قول

قال وفي وثائق ابن العطار وللقاضي الرجوع عما حكم به وقضى مما فيه اختلاف بين أهل العلم ومما تبين له فيه الوهم مادام على خطته فان عزل أو مات بعد ما حكم به لم يكن لغيره فسخ شيء من أحكامه مما فيه اختلاف وان كان وجهها ضعيفا وفي الطرر على التهذيب للطخيخي اذا قضى القاضي بقضية فيها اختلاف ووافق قولا شاذا نقض وان لم يكن شاذا لم ينقض ومراده بالشاذ والله أعلم مثل القول بشفعة الجوار وسيأتي بيان ذلك ان شاء الله تعالى وقال سحنون اذا قضى القاضي بقضية وكان الحكم مختلفا فيه وله فيه رأي فحكم بغيره سهوا فله نقضه وقال ابن راشد وجه سهوا أو غلطه لا يعرف الا من قوله قال ابن عبد السلام وقد تشهد عنده بينة ان رأيه كان غير ذلك وانه حكم به سهوا كما تشهد هذه البينة عند غيره فيجب عليه حينئذ نقض ذلك الحكم أيضا وكون ذلك الحكم وقع منه لا يمنع من ان ينسى ما كان قد عزم عليه أولا وليس لغيره نقضه وان كان رأى بعد الحكم رأيا سواه لم ينقضه وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب وأخبرني مطرف وابن الماجشون عن مالك رضي الله تعالى عنه وعن غيره من علماء المدينة في القاضي يقضي بالقضاء ثم يرى ما هو أحسن منه فيريد الرجوع عنه الى ما رأى فذلك له ما كان على ولايته التي فيها قضى بذلك القضاء الذي يريد الرجوع عنه فان كان القضاء الأول مما لو قضى به قاض لم يجز له نقضه فليس له نقضه وقال لي اصبغ مثله وقال ابن عبد الحكم لم أسمع أحدا من أصحابنا اختلف في ذلك وأنا لا أرى ذلك وقضاؤه وقضاء غيره عندي واحد لا يرجع عما اختلف فيه ولا الى ما هو أحسن منه حتى يكون الأول خطأ بينا صراحا قال ابن حبيب وقولي على ما اجتمعوا عليه من ذلك وقال سحنون أيضا لا يجوز فسخه قال ابن الحاجب ولو حكم قصدا فظهر ان غيره أصوب فقال ابن القاسم يفسخ الأول وقال ابن الماجشون وسحنون لا يجوز فسخه وصوبه الأئمة يعني وصوبه أئمة المتأخرين قياسا على حكم غيره ولانه لو كان له نقض هذا الرأي الثاني لكان له فسخ الثاني والثالث ولا يقف على حد ولا يثق أحد بما قضى له به وذلك ضرر شديد وقيل ان كان القضاء بمال فسخه وان كان في ثبوت نكاح أو فسخه لم ينقضه قال ابن راشد والمشهور هو الأول وهو الصواب لانه رجوع الى الصواب وقال لي مطرف وابن الماجشون واصبغ ولو عزل القاضي ثم ولي فأراد نقض قضاء كان قد قضى به في ولايته الأولى والرجوع عنه الى ما هو أحسن منه لم يجز ذلك له الا على ما يجوز له من نقض قضاء غيره قبله ان كان خطأ بينا لم يختلف فيه أو أمرا شاذا مما اختلف فيه

(فصل) وقال ابن حبيب قال لي مطرف في القاضي يقضي لأحد الخصمين على صاحبه ثم يشهد للآخر على فسخ حكم الأول ويكتب له بالفسخ كتابا فلا أرى ذلك فسخا ينقض الحكم الأول اذا كان الأول صوابا غير مختلف فيه حتى يلخص في الفسخ ما يستوجب به فسخ الحكم الأول أو يرجع عنه الى ما هو أحسن منه فيرجع من حكم الى حكم الا أن يقول تبين لي أن الشهود شهدوا بباطل هذا يكفي من التلخيص وهو فسخ بين وقال ابن نافع مثله

والكفاءة حق للزوجة وللأولياء فإذا تركوها جاز ووقع لأصبغ في النوادر أنه إذا زوج الأب ابنته البكر من رجل سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز وليرده الامام وان رضيت هي به وذكر ابن أبي زمنين عن بعض الموثقين لابد أن تثبت الكفاءة في الثيب كالبكر حكاه عنه ابن فرحون وحكى ان القاضي أبا الوليد كان ٥٧ يأخذ بهذا القول ويكلف اثبات الكفاءة عنده ويقول ان كانت تملك نفسها فانه اذا دعت الى غير كفء لا يلزمني أن أعينها على ذلك * وصداق المثل هي صدقات نساء قومها اذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال وفي زماننا أيضا قال ابن رشد اذ قد تختلف الأحيان في الصداق باختلاف الأزمان قال وقد تؤول قول مالك في المدونة انه لا ينظر الى نساء قومها وليس بصحيح والصحيح اعتبار نساء قومها ونساء قومها اللاتي تعتبرن في ذلك أخواتها الشقائق وللأب وعماتها الشقائق وللأب ولا يعتبر صداق أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها للأم ولا عماتها للأم لانهن من قوم آخرين وذكر ابن فرحون ان المعتبر في ذلك قدرها وجمالها وحالها ومالها ولا ينظر الى نساء قومها وقال القاضي عبد الوهاب صداق المثل يراعى فيه حال المرأة في جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها ومن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه في مراعاة العصبة (قال ابن رشد) ومغيب الرجل عن ابنته البكر ينقسم على ثلاثة أقسام أحدها أن تكون غيبته قريبة والثاني أن تكون غيبته بعيدة منقطعة والثالث أن يكون أسيرا أو فقيدا فأما اذا كانت غيبته العشرة الأيام وما أشبه ذلك فلا خلاف انها لا تزوج في مغيبه فان زوجت في مغيبه فسخ النكاح زوجها الولي أو السلطان قاله ابن حبيب في الواضحة وأما اذا كانت غيبته بعيدة

وقال ابن عبد السلام وقيل لا يشترط في فسخه حكم نفسه ان يبين موجب الفسخ لضعف
التهمة لان النفوس مجبولة على نفي النقص عنها قال فضل بن سلمة انظر قوله الا ان يقول
تبين لي ان الشهود شهدوا بباطل كيف يمكنه فسخ حكمه بهذا قال ابن حبيب وقال لي ابن
الماجشون وأصبغ مثله وبه أقول والشهادة على الفسخ تكفيه اذا كان مأمونا ولم يقل
سوى قوله انى قد رجعت عن ذلك الحكم الذى قد حكمت به لفلان كان رجوعا لانه قد
استشرف جنبهم وهو المسؤل عنه والمؤتمن عليه ولكن لو كان مع الرجوع والفسخ للحكم
قال قد قضيت للآخر يعنى المقضى عليه أولا لم يجز قضاؤه وهكذا وعادا جميعا الى رأس
أمرهما يعنى ان الفسخ يمضى دون الحكم المقضى به أولا وانما احتلف حكم القضاء
والفسخ فجاز الفسخ ولم يجز القضاء لانه لا يقضى على أحد الخصمين حتى يضرب للمقضى
عليه الاجل في الجرح والحجج فلا يجوز ان يحكم عليه وهو غائب عن هذا فقد استبرأ أمره
قبل الحكم عليه قال ابن حبيب واذا كان الفاسخ للقضاء غير القاضى الذى حكم به فهنا
لا يكون اشهاده على فسخ ما حكم به غيره فسخا حتى يتبين في الفسخ ما رد به القضية وما هو
أحق منها وما يجوز به فسخها وكذلك قالوا الى اجمعون ولم يختلفوا في هذا

(فصل في نقض القاضى أحكام غيره) ونظره في أحكام غيره يختلف فأما العالم العدل فلا
يتعرض لاحكامه بوجه الا على وجه التجويز لها ان عرض فيها عارض بوجه خصومة
فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا وان سأله الخصم ذلك الا ان يظهر له خطأ وهذا
فيما جهل حاله من أحكامه هل وافق الحق أو خالفه فهذا الوجه هو الذى نفى عنه
الكشف والتعقب فان ظهر له خطأ بين لم يختلف فيه وثبت ذلك عنده فيرده ويفسخه عن
المحكوم به عليه وقد يذكر القاضى في حكمه الوجه الذى بنى عليه حكمه فيوجد مخالفا
لنص أو اجماع فيوجب فسخه وكذلك ان قامت بينة على انها علمت قصده الى الحكم بغير
ما وقع وان هذا الحكم وقع منه سهوا أو غلطا فينقضه من بعده كما ينقضه هو وأما
القاضى العدل الجاهل فان اقضيته تكشف فما كان منها صوابا امضى وما كان منها
خطأ بينا لم يختلف في رده قال اللخمى وأرى ان يرد من أحكامه ما كان مختلفا فيه لان ذلك
كان منه حدسا وتخمينا والقضاء بمثل ذلك كله باطل ونحوه لابن محرز وقال ابن عبد
السلام وروى بعض الشيوخ ان هذا مقيد بما اذا علم منه أنه كان يشاور أهل العلم في
احكامه وأما ان كان لا يشاورهم فتنتقض كلها لانه حكم حينئذ بالحدس والتخمين وهذا
تقييد صحيح وهو معنى كلام اللخمى وهكذا هو منقول عن اللخمى وهذا فيه جمع بين وصفين
الجهل والجور لقلة المشاورة وفي الوثائق المجموعة اذا كان القاضى من أهل العدل الا انه
عرف منه انه لا يشاور في أحكامه فانها تتصفح فما كان منها موافقا للسنة نفذ وما كان
مخالفا لما عليه أهل بلده الا أنه وافق قول قائل من أهل العلم وان كان ذلك القول
لا يعمل به فانه ينفذ حكمه بذلك ولا يفسخ ويفسخ منها ما كان خطأ بينا قال ابن حبيب

منقطعة [illegible] أو طنجة أو الاندلس من مصر أو ما أشبه ذلك فاختلف في ذلك على أربعة أقوال أحدها ان الامام
يزوجها اذا دعت الى ذلك وان كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذى هو فيه وهو ظاهر قول
مالك في سماع ابن القاسم في العتبية وفي المدونة وقد تؤول ما في المدونة من قوله فيها وأما من خرج تاجرا وليس

يريد المقام بتلك البلدة فلا
يحكم السلطان على ابنته انها
لا تزوج الا أن يستوطن ذلك
البلد وهو القول الثاني والثالث
انها لا تزوج الا أن يستوطن
ذلك البلد ويطول مقامه
فيها العشرين سنة والثلاثين حتى
ييئس من رجعته وهو قول ابن
حبيب في الواضحة والرابع انها
لا تزوج أبدا وان طال مقامه
وهو ظاهر قول مالك في
كتاب ابن المواز ان الولى
والامام لا يزوجها الا برضاها
وقول ابن وهب في العتبية
ولا اختلاف بينهم إذا قطع
الاب عنها النفقة وخشيت
عليها الضيعة في انها تزوج
وان كانت قبل البلوغ وانما
اختلفوا هل يزوجها هنا
الولى دون السلطان فالمشهور
انه لا يزوجها الا السلطان لانه
حكم على غائب وقال ابن
وهب ومثله في كتاب ابن
المواز ان الولى يزوجها برضاها
وأما ان كان أسيرا أو فقيدا
فلا اختلاف ان الامام يزوجها
اذا دعت الى ذلك وان كانت في
نفقته وأمنت عليها الضيعة
ووقع لعبد الملك في كتاب ابن
يونس ان بنت المفقود لا تزوج
الا بعد أربع سنين * وفي كتاب
الاستغناء المسجون والمطبق

ليسا كالغائب البعيد الغيبة وان طال أمده لان خروجه يرجى في كل حين وهما كالغائب الذى يعرف خبره واما
فان خرج بناتهما بالليل والنهار حصرهما السلطان (فصل) وأما البكر التى رشدها أبوها فلا تسقط نفقتها عنه حتى يدخل
بها زوجها وان كان قد رشدها ولا يزوجها الا برضاها واختلف في رضاها بالنكاح فقيل هو بصماتها قاله ابن مغيث وغيره

وقال الباجي في وثائقه اذا رشد الاب ابنته وهي بكر فلا يزوجها الا برضاها والسماع فيها كالثيب * فتعقد في نكاحها ما نصه أصدق فلان زوجه فلانة كذا وكذا نقدا وكالئا النقد منه كذا قبضته وصار بيدها وأبرأته منه والكالئ كذا مؤخرا الى أجل كذا ثم تقول أنكحه اياها باذنها ورضاها وتفويضها ذلك الى والده وهي بكر بالغ في سنها مالكة أمر نفسها بترشيد والدها اياها خلو من الزوج وعدة الوفاة تحل للنكاح وشهد على الزوج والزوجة ووالدها بما فيه عنهم من أشهدوه به في الصحة والجواز وعرفهم في كذا * وعلى ما ذكر ابن مغيث تضمن الشهادة على الزوج والولي والزوجة وتقول وحضر الاستئمار وشاهده كما يجب شرعا وتضمن الشهادة عليها بقبض النقد وغيره مما يكون في الصداق بالنطق على ما اختاره الشيوخ ما عدا رضاها بالنكاح وقال ابن لبابة اذا وقفت على جميع ما في العقد شيأ بعد شئ وقيل لها ان سكوتك رضا يلزمك به النكاح فسكتت فالنكاح لازم لها وجميع ما في العقد ولا يفسخ وان لم تنطق (واذا) رشد الولي محجورته هل تسقط ولايته عنها أم لا قال ابن رشد لا اذكر في ذلك نص رواية والذي يوجبه النظر ان ولايته عليها في النكاح لا تسقط بتمليكه اياها كالاب

{انكاح الاب والوصي للصغير والمحجور البالغ}

تعقد في ذلك وبعد هذا كتاب نكاح انعقد بين فلان ابن فلان عاقده على ابنه الصغير في حجره فلان أو على محجوره فلان بصداق كذا وتبني على ما تقدم * وتقول في الشروط وألزم فلان ابنه المذكور أو محجوره الزوج المذكور شرط كذا لما رأى له من المصلحة ورجاه له من الغبطة وشهد على الولي المنكح أو الوصي والزوجة أو والدها بما فيه عنهم في كذا {بيان} وللاب تزويج ابنه الصغير بغير اذنه وكذلك الوصي وان كان

وأما القاضي الجائر في أحكامه اذا كان معروفا بذلك وكان غير عدل في حاله وسيرته عالما كان أو جاهلا ظهر جوره أو خفي فان أقضيته كلها ترد صوابا كانت أو خطأ لانه لا يؤمن حيفه وأن يكون أظهر الصواب والعدل في قضائه واشهد على ذلك ويكون باطن أمره فيه الجور والحيف الا ما عرف من أحكامه ان حكمه فيه صواب وباطن أمره كان صحيحا مستقيما وشهد بذلك من عرف القضية وعرف كيف شهد فيها من أهل العدل فانه يمضي ولا يرد لانه اذا رد وقد ماتت البينة وانقطعت الحجة كان ذلك ابطالا للحق وقال لي أصبغ في ذلك هكذا سمعت ابن القاسم وأصحابنا يقولون غير أني أرى أقضية الخلفاء والامراء وقضاة السوء جائزة ما عدل فيه منها وينقض منها ما تبين فيه جوره واسترييب ولم يتحقق ويعمل فيه بالكشف كما يصنع بأقضية الجاهل الا أن يعرف القاضي بالجور والحيف في أحكامه كلها أو بعضها فترد أحكامه كلها ما عرف بالجور فيها أو جهل وهذا خلاف ما نقله ابن الحاجب عن اصبغ حيث يقول وتنبذ أحكام الجائر وقال أصبغ هو كالجاهل لان اصبغ موافق على نبذ أحكام الجاهل ويفصل بينه وبين أقضية الخلفاء والامراء وقضاة السوء كأنهم عنده أخف منه حالا لان الجور يتوقع منهم ولكنه غير مشهور ولا معروف ولو عرف لكان الحكم واحدا وحكى ابن راشد في غير العدل ثلاثة أقوال فسخ أحكامه مطلقا وهو قول ابن القاسم في المستخرجة وعدمه مطلقا واختاره القاضي اسماعيل قال عبد الملك لا يجوز للقاضي أن ينظر في أقضية غيره قيل فان قام عنده قائم فقال هذا كتاب القاضي قد حكم فيه بجور بين قال أرى أن ينظر فيه فان تبين له انه حكم بجور بين ووجده في القضاء مفسرا مثل أن يقضي بشهادة نصراني أو يقضي للجار بالشفعة أو بالميراث للعمة أو للخالة فأرى أن يفسخه وأما ان وجد القضاء مبهما لم يتبين فيه الجور والخطأ الصراح مثل أن يجد فيه شهدت عندي بينة فقبلتها ورأيت ان الحق لفلان فقضيت له بما تبين لي فلا أرى له أن ينظر فيه قال القاضي اسماعيل ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاة فان القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور فاذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه فلا ينبغي للسلطان أن يمكنهم من ذلك قال ابن راشد وما قالوه بين الا قوله شهدت عندي بذلك بينة فقبلتها ففيه نظر فقد يقبل غير العدول وانما الذي ينبغي أن ينظر فان صرح بأسماء الشهود وهم عدول وبين وجه الحكم فلا ينبغي أن يفسخ وأما مع الاجمال فلا والقول الثالث رأي أصبغ قال أرى أن يمضي من أحكامه ما عدل فيه ولم يسترب فيه ويفسخ ما تبين فيه الجور ان استريب ويفعل فيها من الكشف ما يفعل بأقضية الجهال وأشار ابن راشد بغير العدل الى القاضي الجائر وخلفاء القضاة والامراء ونقله لقول اصبغ موافق لما نقله ابن الحاجب فانظره مع ما تقدم عن الواضحة

{فصل فيما لا ينفذ من أحكام القاضي وينقض اذا اطلع عليه} وحكم الحاكم لا يحل

الوصي [illegible] أن العقد بأنفسهما بخلاف العقد على المرأة وفي انكاح الأب والوصي السفيه البالغ بغير أمره قولان كالقاعدة عليه أحدهما أن ذلك لا يجوز إلا بإذنه واختياره وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ودليل ما في ارخاء الستور من المدونة والثاني أن ذلك جائز عليه وإن كان بغير أمره وهو قول ابن القاسم في جنايات العتبية وابن حبيب في الواضحة ولا يخلو الأب في العقد على ابنه الصغير من ثلاثة أوجه إما أن يشترط الصداق على نفسه أو على ولده أو يطلق العقد فإن اشترطه على نفسه لم يؤخذ به الابن لأن ذلك من الأب على وجه الحمل سواء صرح الأب بالحمل أو قال أضمنه وإن اشترطه على الابن فهو عليه إن كان موسرا وإن كان معسرا فقال ابن القاسم يكون على الأب وقال أصبغ على الابن بمنزلة لو اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه قال وإنما يلزم الأب إذا زوجه مبهما ولم يسم الصداق على أحد والابن عديم قال ابن أبي زمنين وعلى قول أصبغ هذا رأيت من أقتدي به من شيوخنا إذا كتبه على الابن برضا الزوجين وقال ابن مغيث في وثائقه وهذا القول هو مذهب المدونة وبه الحكم (قال ابن رشد) يدخل هذا الخلاف في الكبير السفيه إذا كان فقيرا قياسا على انكاحه وإن أطلق العقد فيكون على الابن إلا أن يكون معسرا فيكون على الأب بلا خلاف وقال ابن المواز هو على الأب حتى يقول لست منه في شيء وإنما هو على الابن والحمل إن كان في عقد النكاح أو عقد (فصل) البيع مشترطا في نفس العقد لم يفتقر إلى حيازة وهو لازم للحامل على كل حال وإن كان بعد عقد النكاح أو بعد عقد البيع فهل يفتقر إلى حيازة أم لا في ذلك قولان وقولنا في الشروط إن والده ألزمه إياها على وجه النظر له ولما يرجوه من

حراما ولا يحرم حلالا إلا على من علمه في باطن الأمر لأن الحاكم إنما يحكم بما ظهر وهو الذي يعتد به ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما أنا بشر ولعلكم تختصمون إلي فلعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار وهذا إجماع من أهل العلم في الأموال واختلفوا في انعقاد النكاح أو حل عقده بظاهر ما يقضي به الحاكم وهو خلاف الباطن فذهب مالك والشافعي رحمهم الله تعالى وجمهور أهل العلم إلى أن الأموال والفروج في ذلك سواء لأنها حقوق كلها تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فلا يحل منها القضاء الظاهر ما هو حرام في الباطن وقال أبو يوسف وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه وكثير من أصحابنا المالكية على ما حكى عنهم أبو عمر بن عبد البر إنما ذلك في الأموال خاصة فلو أن رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل أنه طلق امرأته فقبل القاضي شهادتهما لظاهر عدالتهما وهما قد تعمدا الكذب أو غلطا ففرق القاضي بشهادتهما بين الرجل وامرأته ثم اعتدت المرأة أنه جائز لأحد الشاهدين أن يتزوجها وهو عالم بأنه كاذب في شهادته قالوا لأنها لما حلت للأزواج بالحكم الظاهر فالشاهد وغيره سواء لأن قضاء القاضي بحكمه فرق بينهما وقطع العصمة ولولا ذلك ما حلت لزوج غيره واحتجوا بحكم اللعان وقالوا معلوم أن الزوجة إنما وصلت إلى فراق زوجها باللعان الكاذب الذي لو علم الحاكم كذبها فيه ما فرق بينها وبين زوجها قالوا وكل من شهد عليه بالنكاح أو بالطلاق وقضى القاضي عليه بذلك لم يمكنه الامتناع منه ولزم الحكم بشهادة الشهود عليه وكانت فرقته في الظاهر فرقة عامة فلما كان كذلك دخل فيه الشاهد وغيره انتهى من المقدمات وقال ابن عبد السلام ومن ذلك لو تام له شاهدا زور أنه نكح امرأة فحكم له القاضي بها حل له وطؤها وكذلك لو شهد رجلان على امرأة أنها زوجة لفلان وهي في باطن الأمر زوجة لغيره فإنها تحل لهذا الذي شهد له بها * ومن ذلك الحكم بشفعة الجوار لا تحل للمالكي ولا يجوز له التمسك بها لأنه يعتقد بطلان ما حكم له به فهو يشبه ما تقدم وليس منه لأن الحاكم في الصور الأولى لو علم باطن أمر الشهود لم يحكم بذلك بخلاف الشفعة وعلى ما قالوه في الشفعة لو غصب غاصب شيئا ونقله عن مكان الغصب وكان مما اختلف فيه هل يفوت بالنقل أم لا فقضى القاضي لربه بأخذه وكان مذهبه أنه يفوت بنقله وتجب فيه القيمة فينبني على هذا أن لا يكون لربه التصرف فيه * ومن ذلك الحكم باستسعاء من أعتق بعضه وكان المعتق معسرا فإنه ينقض ورد العبد على ما كان عليه قاله ابن حبيب في الواضحة * ومن ذلك الحكم للنصراني على النصراني بشهادة النصراني فإنه ينقض لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء * ومن ذلك قول أهل العراق في توريث العمة والخالة وميراث المولى الأسفل فإنه ينقض من مختصر الواضحة

الغبطة هو الصواب وان ثبت كتبت التزامها على الابن واذا بلغ الابن قبل الدخول فله الخيار في التزام الشروط أو الانحلال من النكاح فان دخل قبل البلوغ بطلت الشروط وكذلك ان بنى بها بعد البلوغ وقبل ان يوقف عليها ولم يعرفها لم تلزمه وان بنى بها بعد البلوغ وبعد معرفته بالشروط لزمته وقيل

لا تلزمه ولابن وهب في العتبية ان الصغير يلزمه ما عقد عليه أبوه من الشروط دخل أو لم يدخل لانه الناظر له قال ابن مغيث ولابن القاسم في المدونة ما يدل على ذلك فان لم يلتزم الابن الشروط وانحل النكاح فالفسخ في ذلك بغير طلاق على الصحيح قاله ابن رشد في نوازله واختاره قال وكذلك يسقط عن الابن ما التزمه من من الصداق كما يسقط عن الزوج وذكر ابن فرحون ان الفسخ في ذلك يكون بطلقة قال وهل يلزمه نصف الصداق أم لا في ذلك قولان أحدهما أنه يلزمه والثاني انه لا يلزمه وهو الصواب وبه القضاء عندنا فان رضيت الزوجة باسقاط الشروط لزمه النكاح ولم يكن سبيل الى فسخه والرضا بذلك انما يكون الى الزوجة بكرا كانت أو ثيبا حكاه ابن فرحون وهو الصحيح وقد جعل غيره الرضا بذلك الى والد البكر والصواب ان ذلك اليها دونه وان طلقها قبل العلم بما شرط عليه لم يلزمه شئ من الصداق وقيل يلزمه ولا يرجع الى الابن من الصداق بشئ اذا اختار الفسخ وكان قد تحمله عنه أبوه او غيره ويسقط ذلك عن الحامل

﴿فصل﴾ وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب قال لي مطرف في منزل حبس على المساكين فرفع الى قاض جهل وباعه وفرق ثمنه على المساكين ثم رفع الى غيره بعده أرى أن يفسخ البيع ويرد المنزل حبسا كما كان ويدفع الثمن للمشتري من غلة الحبس ولا شئ على القاضي لان خطأ السلطان في الاموال على الاجتهاد هدر

﴿فصل في ذكر ما لا يعتبر في أفعال القاضي اذا عزل أو مات﴾ وفي المدونة قال سحنون قلت لابن القاسم اذا عزل القاضي أو مات وقد شهد الشهود عند المعزول أو الميت وأثبت ذلك في ديوانه ثم ولي غيره فهل ينظر هذا الذي ولي القضاء في شئ من ذلك ويجيزه قال لا يجيز شيأ من ذلك الا أن تقوم عليه بينة فان لم تقم عليه بينة لم يجز شيأ من ذلك وأمرهم القاضي المستحدث أن يعيدوا شهادتهم فان قال القاضي المعزول كل شئ في ديواني قد شهدت به الشهود عندي لم يقبل قوله ولا يكون شاهدا وهذا قول مالك رضي الله تعالى عنه ويكون للمشهود له اليمين على المشهود عليه بالله ما هذه الشهادة التي في ديوان القاضي مما شهد به على الشهود فان نكل عن اليمين أمضيت عليه الشهادة وحلف المشهود له ان هذه الشهادة مما شهد به عليك الشهود وثبتت الشهادة وينظر فيها القاضي على ما كان ينظر فيها القاضي المعزول وهو قول ابن القاسم من المقنع لابن بطال ﴿مسئلة﴾ ولا تقبل شهادة القاضي المعزول على ما حكم به ولا يحلف المحكوم له مع شهادة القاضي لانه هو الحاكم فيها وكذلك قال عيسى عن ابن القاسم في القاضي يأمر ببيع التركة فتباع أو يقضي بالقضية ثم يعزل لا تجوز شهادته فيما قضى به أو أمر به لا وحده ولا مع غيره قال ابن وهب وابن القاسم حتى يشهد معه رجلان سواه ﴿مسئلة﴾ قال سحنون ولو أن قاضيا أشهد على كتب في يده أنه قد قامت عنده بينة زكيت ثم مات القاضي والكتب في يده فان هذا لا ينفذه من بعده لان البينة لم تشهد ان الاول نفذ القضاء بها وهو لم ينفذ القضاء قد يحدث له أمر من الامور من المقنع ﴿مسئلة﴾ اذا قال القاضي بعد العزل كنت قضيت بكذا لم يقبل قوله بلا خلاف لانه مقر على غيره كما لو شهد مع غيره انه قضى بكذا لانه شاهد على فعل نفسه كما تقدم وفي قبول قوله في حال الولاية قولان ولو قامت البينة بأنه قضى فالحكم نابت قامت في حال الولاية أو بعد العزل ﴿تنبيه﴾ اذا لم يشهد الشهود على حكمه وانما علموا انه حكم ولم يشهدهم فشهدوا بذلك بعد عزله لكون الشهود الذين أشهدهم على حكمه جرحوا فالظاهر ان شهادتهم غير مقبولة لان القاضي انما يشهد عليه في مجلس حكمه وأما ما استرعى عليه فينبغي أن لا يقبل نقله ابن راشد

﴿فصل في الكشف عن القضاة﴾ وينبغي للامام أن يتفقد أحوال القضاة فانهم قوام أمره ورأس سلطانه وكذلك قاضي الجماعة ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس وعلى الامام والقاضي الجامع لاحكام القضاة أن يسأل الثقات عنهم ويسأل قوما صالحين ممن لا يتهم عليهم ولا يخدع فان كثيرا من ذوي

وحكى ابن مغيث عن ابن الماجشون نصف الصداق يرجع الى الابن وبه أخذ ابن حبيب (فان) التزم الابن الشروط فيكتب في ذلك في أسفل كتاب الصداق عقد أشهد فلان الزوج المذكور فوقه على نفسه أن النكاح المسمى فيه كان قد انعقد عليه وهو صغير بالشروط المذكورة فيه وانه لما بلغ الحلم وعلم ان له الخيار قبل البناء في ان يمضي

الاغراض يلقى فى قلوب الصالحين من القاضى شيأ ليتوصل بذلك الى ذم الصلحاء له عند ذكره عندهم وسؤالهم عنه فاذا ظهرت السكينة بهم ولم تعرف أحوالهم سأل عنهم كما تقدم فان كانوا على طريق استقامة أبقاهم وان كانوا على ما ذكر عنهم عزلهم واختلف فى عزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى قال مطرف ليس عليه عزل من عرف بالعدالة والرضا اذا اشتكى به وان وجد منه عوضا فان فى ذلك فساد الناس على قضاتهم وقال اصبغ أحب الى أن يعزله وان كان مشهورا بالعدالة والرضا اذا وجد منه بدلا لان فى ذلك صلاحا للناس يعنى لما ظهر من استيلاء القضاة وقهرهم ففى ذلك كف لهم وأما ان كان المشتكو غير مشهور بالعدالة فليعزله اذا وجد منه بدلا وتظاهرت عليه الشكية فان لم يجد منه بدلا كشف عن حاله ووجه الكشف أن يبعث الى رجال يوثق بهم من أهل بلده فيسألهم عنه سرا فان صدقوا ما قيل فيه من الشكية عزله ونظر فى أقضيته وأحكامه فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فسخه وان قال الذين سئلوا عنه ما نعلم الا خيرا أبقاه ونظر فى أقضيته وأحكامه فما وافق السنة مضى وما لم يوافق شيأ من أهل العلم ردّه وحمل ذلك من أمره على الخطأ وانه لم يتعمد جورا

﴿فصل﴾ ولا ينبغى أن يمكن الناس من خصومة قضاتهم لان ذلك لا يخلو من وجهين اما أن يكون عدلا فيستهان بذلك ويؤذى واما أن يكون فاسقا فاجرا وهو ألحن بحجته ممن شكاه فيبطل حقه ويتسلط ذلك القاضى على الناس وقال ابن القاسم فى القاضى يعزل فيدعى الناس انه جار عليهم انه لا خصومة بينهم وبينه ولا ينظر فيما قالوا عنه الا أن يرى الذى بعده جورا بينا فيردّه ولا شئ على القاضى من تنبيه الحكام

﴿فصل﴾ اختلف هل ينعزل القاضى بنفس الفسق أو حتى يعزله الامام قال المازرى ظاهر المذهب على قولين وأشار الى ترجيح عدم العزل وهو قول اصبغ ومذهب ابن القصار انه اذا ظهر عليه الفسق بعد ولايته انفسخ عقده ولايته

﴿فصل﴾ وأما عزل القاضى نفسه اختيارا لا عجزا ولا لعذر فالظاهر عند بعض العلماء انه يمكن من ذلك قال المازرى وهذا عندى ينبنى على النظر فى عزل الوكيل نفسه فان القاضى نائب عن الامام الذى ولاه ووكيل من قبله فحكمه حكم الوكيل والقاضى والوكيل والوصى كالواهبين منافعهم والواهب شيأ معلوما الى أجل معلوم تلزمه هبته على القول المشهور لكن ينبغى أن يلتفت فى عزل القاضى نفسه اختيارا الى النظر هل تعلق لاحد حق بقضائه حتى يكون انعزاله ضررا لمن التزم القضاء بينه وبين خصمه فيمنع من ذلك وقد منع فى المدوّنة الوصى من عزل نفسه اذا مات الميت وقد قبل الوصية لما يلحق الموصى به من ضرر العزل وتبقيته مهملا انظر المازرى

﴿فصل﴾ واذا عزل القاضى فحكى أشياء قبل بلوغ العزل فظاهر المذهب ان أحكامه تلك نافذة لضرورة الناس الى ذلك وانظر هل يستحق القاضى المتولى معلوم القضاء من

النكاح على الشروط المسماة فيه أو يسقطها عن نفسه ويفسخ النكاح اختار التزامها فالزمها نفسه بعد الوقوف عليها ومعرفته بها وامضاها اغتباطا منه بالنكاح ولما يرجوه من استجلاب مودة زوجته المذكورة فيه وشهد على اشهاده بذلك من عرفه بكذا (وان) أبى من التزامها (كتبت فى ذلك) عقد أشهد فلان على نفسه انه لما بلغ الآن سن الحلم

وملك أمر نفسه ووقف على الشروط المسماة فيه وعلم ان له الخيار فى ان يلتزمها ويمضى النكاح المسمى عليها أو يردها ويحل النكاح أبى من التزامها الاباية الكلية وامتنع من ذلك وانفسخ بذلك النكاح المذكور فيه اذا كان والده قد عقده عليه وهو صغير حسبما ذكر فوقه بمحضر زوجته المذكورة فيه وعلمها بذلك واشهد الزوجان المذكوران بما فيه عنهما فى كذا (وان) رضيت الزوجة باسقاط الشروط (كتب) فى ذلك عقد لما بلغ الزوج فلان المذكور أعلاه قبل بنائه على زوجته المذكورة فيه ووقف على الشروط المسماة فيه وذهب الى الاباية من التزامها وفسخ النكاح بذلك خير زوجته فلانة المذكورة فى البقاء معه على اسقاطها فاختارت اسقاط الشروط وابقاء الزوجية بينهما بلا شرط ورضيت بذلك الرضى التام وأمضته ولزم بذلك زوجها المذكور البقاء معها على الزوجية التى عقدها عليه أبوه دون شرط بموافقة الزوج المذكور على ذلك وعلمه به وشهد على الزوجين المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وفى كذا ﴿فصل﴾ فان نكح المحجور بغير اذن وليه فللولى فسخه متى يوم علم بذلك وابطاله فى قول مالك رضى الله تعالى عنه وأصحابه قال ابن مغيث وبه الحكم وسواء دخل بها أو لم يدخل (ويكتب) فى ذلك عقد اشهد فلان الناظر على فلان بن فلان الزوج المذكور فى كتاب الصداق أعلاه أو بمقلوبه بعهد أبيه اليه انه

محجوره المذكور كان قد انعقد انكاح المسمى فيه بينه وبين فلانة الزوجة المذكورة فيه بغير اذنه ولا علمه وانه لما علم به الآن
تعقبه فألغاه لمحجوره المذكور غير نظر ولا سداد في وجوهه كلها ففسخه وحله بطلقة واحدة واسترجع ما كان المحجور قد
دفعه الا ربع دينار تركه للزوجة لما استحل منها اذا كان قد دخل بها واسقط عن المحجور المذكور ما كان قد

يوم ولايته اذا ولي على بلد يحتاج الى السفر اليها أولا يستحق شيأ الا بالمباشرة ويكون
للمعزول من المعلوم الى يوم بلوغ العزل ولم أقف فيه على نص

(فصل) وفي مختصر الواضحة وعلى القاضي اذا أقر بأنه حكم بالجور أو ثبت ذلك عليه
بالبينة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبدا ولا شهادته وان
صلحت حاله وأحدث توبة لما اجترم في حكم الله تعالى ويكتب أمره في كتاب لئلا
يندرس الزمان فتقبل شهادته والقاضي أقبح من شاهد الزور حالا وقد ذكرت عقوبة
شاهد الزور في باب التعزير ونبهت على عقوبة القاضي أيضا هنالك

(فصل في جمع الفقهاء للنظر في حكم القاضي) وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب
قال مطرف واذا اشتكى على القاضي في قضية حكم بها ورفع ذلك الى الامير فان كان
القاضي مأمونا في أحكامه عدلا في أحواله بصيرا بقضائه فأرى أن لا يعرض له الامير في
ذلك ولا يقبل شكوى من شكاه ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه فان ذلك من الخطا
ان فعله ومن الفقهاء ان تابعوه على ذلك وان كان عنده متهما في أحكامه أو غير عدل
في حاله أو جاهلا بقضائه فليعزله وليول غيره قال مطرف ولو جهل الامير فأجلس فقهاء
بلده وأمرهم بالنظر في تلك الحكومة وجهلوا هم أيضا أو أكرهوا على النظر فنظروا فرأوا
فسخ ذلك الحكم ففسخه الامير أو رد قضيته الى ما رأى الفقهاء فأرى لمن نظر في هذا بعد
ذلك أن ينظر في الحكم الاول فان كان صوابا لا اختلاف فيه أو كان مما اختلف فيه أهل
العلم أو مما اختلف فيه الائمة الماضون فاخذ ببعض ذلك فحكمه ماض والفسخ الذي
تكلفه الامير والفقهاء باطل وان كان الحكم الاول خطأ بينا أمضى فسخه وأجاز ما فعله
الامير والفقهاء ولو كان الحكم الاول خطأ بينا أو لعله قد عرف من القاضي بعض
ما لا ينبغي من القضاة ولكن الامير لم يعزله وأراد النظر في تصحيح ذلك الحكم بعينه فحينئذ
يجوز للفقهاء النظر فيه فاذا تبين لهم ان حكمه خطأ بين فليرده قال وان اختلفوا على الامير
فرأى بعضهم رأيا ورأى بعضهم رأيا غيره لم يعمل مع أكثرهم ولكن ينظر فيما اختلفوا فيه
فما رآه صوابا قضى به وانفذه وكذلك ينبغي للقاضي ان يفعل اذا اختلف عليه المشيرون من
الفقهاء قال مطرف ولو كان القاضي لم يكن فصل بعد في الخصومة فصلا فلما أجلس معه
غيره للنظر فيها قال قد حكمت لم يقبل ذلك منه لان المنع عن النظر في تلك الحكومة
وحدها فتارة بمنزلة ما لو عزل ثم قال قد كنت حكمت لفلان على فلان لم يكن ذلك بقوله
الا ببينة تقوم على ذلك قال مطرف ولو كان القاضي المشتكى في غير بلد الامير الذي هو
به وحيث يكون قاضي الجماعة فهذا كما تقدم ينظر فان كان القاضي معروفا مشهورا
بالعدل في أحكامه والصلاح في أحواله أقره ولم يقبل عليه شكوى ولم يكتب بان يجلس
معه غيره ولا يفعل هذا بأحد من قضاته الا أن يشتكي منه استبداد برأي أو ترك رأي من
ينبغي له ان يشاوره فينبغي له ان يكتب اليه ان يشاور في أموره وأحكامه من غير ان يسمي

بقي عليه من الصداق
واشهد على الوصي فلان
المذكور بما فيه عنه من عرفه
ويعلم الايصاء بحضر الزوجين
وعلمهما بذلك في كذا (وان) كان
نظر له فيه فاجازه (فيكتب)
في ذلك عقد أشهد فلان ابن
فلان الناظر على الزوج
المذكور في كتاب الصداق
فوقه المسمى بكذا بعهد أسنده
به اليه ان محجوره المذكور
كان قد انعقد نكاح بينه
وبين زوجه المذكورة فيه بغير
أمره ودون رأيه وانه وقف
الآن على جميعه فألفاه لمحجوره
المذكور سدادا ونظرا فامضاه
وجوزه وانفذه وشهد على
اشهاد الموصي المذكور بذلك
من عرفه في كذا (بيان) ان
ضمنت معرفة السداد في
العقد بن بخسن والا ففعل
الوصي محمول على السداد في
الفسخ والامضاء والاولى فسخ
النكاح علم بذلك أم لم يعلم مالم
يدخل بها الزوج وتطول
اقامته معها قال ابن رشد في
مسائله واذا لم يحضر الوصي
العقد وانما اتصل به بعد ان
عقده السفيه بغير أمره فلم
ينقض فيه بردولا اجازة حتى
مات السفيه فهو بمنزلة اذا لم
يعلم به حتى مات الا ان يكون
دخل بعلمه فيكون ذلك اجازة منه وقال الفقيه أبو ابراهيم في مسائله كل ما عقده اليتيم على نفسه بعلم الوصي وشهادته مما
هو نظر لليتيم فذلك لازم لليتيم وواجب عليه نكاحا كان أو شراء أو بيعا أو غير ذلك من مصالحه وما كان من ذلك كله ليس
بمصلحة ولا غبطة لليتيم فهو لازم للوصي بتضييعه وتقصيره في منعه مما ليس بمصلحة لليتيم وقد نزل ذلك عندنا فأشرنا على

القاضي بيك الارجل فيها فانه رأى أن ذلك التشعير لازم لليتيم ولا للوصي ورأى ان ذلك من الوصي سقطة توجب عزله عن اليتيم ولا توجب عليه الضمان وهذا عندنا ضعيف لان الوصي أمين وكل أمين اذا ضيع أمانته أو تعدى فيها فهو ضامن لها وذكر الابهري أن سكوت الوصي اذا رأى محجوره يبيع ويشتري ليس برضا ولا يلزمه ذلك وكذلك البغير بعض رأبيه وفي كتاب الاستغناء نحو ماذكره الابهري في الوصي * وقولنا في عقد الفسخ انه ترك لها ربع دينار هو قول ابن نافع وبه جرى العمل وروى عن ابن القاسم ان ذات القدر يترك لها باجتهاد على قدر حالها ولا يبلغ ان يكون صداقا تاما ولم يحد مالك في ذلك حدا وقال ابن الماجشون لا يترك لها من الصداق قليل ولا كثير فان طلقها قبل الفسخ نفذ الطلاق عليه ولحق به الولد ان كان قد دخل بها ويدرأ عنه الحد وان مات أحد الزوجين قبل الفسخ فروى أصبغ عن ابن القاسم انه قال أن مات هو فلا ترثه وان ماتت هي فالنظر الى وليه ان رأى أن يثبت النكاح وأخذ بذله الميراث أخذه وان رأى أن يرده ورتركه ومثله قال سحنون قال ابن رشد ومعنى ذلك ان النكاح يرتفع بموت السفيه ولا يرتفع بموت الزوجة فاذا مات هو لم يكن لها صداق ولا ميراث لكون النكاح محمولا على الرد حتى يجاز وان ماتت هي نظر له الوصي وقد يكون الصداق أكثر من الميراث فيكون له الحظ في رد النكاح قال وفي المسئلة ثمانية أقوال أحدها ما تقدم وهو قول مطرف وابن الماجشون والثاني انهما يتوارثان ويعطى الصداق حكاه ابن حبيب في عن ابن القاسم والثالث انهما لا يتوارثان ويبطل الصداق الآن دخل فيكون لها منه ما تحل به والرابع ان الميراث بينهما ثابت ويبطل الصداق الا ان يكون دخل بها فيكون لها منه ما تحل به وهو قول ابن القاسم في العشرة والخامس ان الميراث

له أحدا أو يجلس معه أحدا وان كان ذلك القاضي غير مشهور بالعدل والرضا وتظاهرت الشكية عليه كتب الى رجال صالحين من أهل بلد ذلك القاضي فاقدمهم للمسئلة عنه والكشف عن حاله فان كان على ما يجب امضاه وان كان على غير ذلك عزله قال ولو جهل الامير وكتب الى ناس يأمرهم بالجلوس معه في تلك الحكومة ففعلوا واختلف رأيهم فيها فان كان الامير كتب الى ذلك القاضي والامناء أن يرفعوا اليه ما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه ففعلوا ذلك ثم كان هو منفذ الحكم في ذلك فذلك له وان كتب اليهم ان ينظروا معه ثم يجتهدوا ويحكم بافضل ما يراه معهم جازله ان يحكم بالذي يراه مع بعض من جلس معه فيكون ذلك لازما لمن حكم به عليه وان لم يجتمع على ذلك جميع من أمر بالنظر معه في ذلك وان كان حكمه على مثل ما كان عليه قبل ان يجلسوا معه وقد اجتمعوا على خلافه لم أر ان يحكم بذلك لانه الآن على مثل ما اشتكى منه ولكن يكتب بذلك من رأيه ورأى القوم الى الامير فيكون هو الآمر الذي يراه والحاكم فيه دونهم وقد سئل ابن القاسم في ذلك كله فقال فيه مثل قول مطرف الذي تقدم فتدبر ذلك كله

(فصل في قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم عنه) وهو على وجوه * الاول ان كان قيامه على القاضي العالم العادل لم تسمع دعواه * الثاني ان كان قيامه لما اتصف به القاضي من جهل أو جور أو نسبه المدعى اليه فقد تقدم حكمه * الثالث ان كان قيامه لعداوة بينه وبينه أو بينه وبين ابنه أو بينه وبين الابوين يجب الفسخ * الرابع ان يأتي المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها ففيها ثلاثة أقوال قال ابن القاسم في المدونة يسمع من بينته فان شهدت بما يوجب الفسخ فسخ وقال سحنون لا يسمع منها وقال ابن المواز ان قام بها عند ذلك القاضي الحاكم نقضه وان قام عند غيره لم ينقضه * الخامس ان ينسب القاضي الى التقصير في الكشف عن الشهود وياتي بما يوجب سقوط شهادة من شهد عليه فان ابت تقدم جرحته بفسق ففي نقض الحكم بذلك قولان لمالك رضي الله تعالى عنه وبالنقض قال ابن القاسم وبعدمه قال أشهب وسحنون وان أثبت العداوة فيجري على القولين وكذا الخلاف ان كان القدح بالقرابة وصوب المازري عدم النقض وان أثبت ان أحد الشاهدين عبد أو ذمي أو مولى عليه انتقض ولزم المقضي له بالمال رده الا ان يحلف مع الشاهد الباقي * السادس ان ينكر المحكوم عليه الخصام عند القاضي الحاكم وقال القاضي كنت خاصمت عندي وأعذرت اليك فلم تأت بحجة وحكمت عليك قال أصبغ القول قول القاضي ان كان باقيا على ولايته لم يعزل وفي الجلاب لا يقبل قول القاضي الا ببينة قال اللخمي وهو أشبه في قضاة الوقت * السابع ان ينكر البينة ان تكون شهدت عند القاضي وادعى القاضي انهم شهدوا عنده ففي النقض قولان والى عدم النقض ذهب ابن القاسم وذهب ابن المواز الى أن الحكم ينقض * الثامن ان يقول المحكوم عليه كنت أغفلت حجة كذا لم يقبل منه ولم ينقض الحكم * التاسع اذا أجاب القائم بعد انصرام الاجل بان له بينة يرتجيها نظر الحاكم

فى ذلك فان كانت قريبة أجله بعد ذلك وان كانت بعيدة وتبين لدده قضى عليه وأرجى الحجة له وله القيام بها متى جاءت عند القاضى أو عند غيره ولمن ولى بعده نقض ذلك الحكم بسبب ذلك المذكور وكذلك كل تسجيل يتضمن ارجاء الحجة لغائب أو صغير أو لحاضر تعددت بينته أو لمحكوم عليه لم يعجزه القاضى فللقاضى الثانى تعقبه بما يجب بخلاف السجلات المطلقة * العاشر اذا قام المحكوم عليه وادعى ان القاضى حكم عليه بما لا نص فيه فالحكم فى ذلك ان القاضى ان حكم فى المسكوت عنه بما هو خلاف القواعد نقض وان حكم فيها بما هى قابلة له من الخلاف لم ينقض * الحادى عشر اذا ادعى المحكوم عليه ان الشهود قد رجعوا لم ينفعه ذلك ولم ينقض الحكم لان الحكم قد ثبت بقول عدول ودعوى الشهود بعد ذلك الكذب اعتراف منهم انهم فسقة والفاسق لا ينقض الحكم بقوله فيبقى الحكم على ما كان عليه . من المذهب ومن كتاب الاحكام للقرافى ومن أحكام ابن سهل ومن المازرى

﴿الركن الثالث المقضى له﴾

وهو كل من تجوز شهادته له * وفى حكمه لا قاربه الذين لا تجوز شهادته لهم أربعة أقوال المنع لمحمد ومطرف والجواز لاصبغ قال وهذا ان كان من أهل القيام بالحق وقد يحكم للخليفة وهو فيه أقوى تهمة والجواز الا لزوجته وولده الصغير ويتيمه الذى يلى ماله وفى ابن يونس ولا يحكم لعمه الا أن يكون مبرزا فى العدالة والرابع التفرقة فان قال ثبت عندى لم يجز وان حضر الشهود وكانت الشهادة ظاهرة جاز الا لزوجته وولده الصغير ويتيمه واختاره ابن حبيب واختار اللخمى المنع مطلقا قال ولو حكم بما تلحقه فيه الحمية من غير المال لم يجز بحال من شرح ابن الحاجب لابن راشد واذا قلنا بعدم الجواز فلا يجوز ان يرفع الشهادة بما يثبت عنده لمن هو فوقه ولو كان ممن تجوز شهادته فيه رفع لمن هو فوقه واختلف هل يرفع الى من هو دونه ممن ولاه هو فقيل لا يجوز وهو أصل قوله فى المدونة وقيل يجوز من المذهب ﴿مسئلة﴾ ولا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه فان كان له قبل أحد شئ أو لاحد قبله شئ رفع ذلك الى غيره ووكل وكيلا يخاصم عنه وان شاء خاصم ولم يوكل فان رضى صاحبه ان يحكمه فى ذلك فلا يفعل ولا يجوز حكمه لنفسه الا أن يشاء ان يحكم عليها فيكون كالاقرار منه بما ادعى خصمه عليه وقال أصبغ فى تحكيم خصم القاضى له لا احبه فان وقع مضى وليذكر فى حكمه رضاه بتحكيمه ويوقع عليه شهادة من شهد برضاه قال ابن راشد فان اجتمع فى القضية حقان حق لله تعالى وحق للقاضى لم يجز ان يحكم لنفسه وفى حكمه فى حق الله تعالى قولان لمحمد وابن عبد الحكم ويتصور هذا فى بيع من أعتقه المديان اذا كان القاضى غريمه لتعارض حق الله تعالى فى العتق وحق القاضى فى المالية ﴿مسئلة﴾ وفى المقنع لابن بطال قال مطرف ولا بأس ان يقضى القاضى بين

بينهما أو ينظر فى النكاح فان كان نكاح غبطة كان لها الصداق دخل بها أو لم يدخل وان كان غير ذلك بطل الصداق الا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول أصبغ والسادس ان الميراث بينهما ويبطل الصداق ان كان الزوج هو الميت وينظر فى النكاح ان كانت الزوجة هى الميتة فان كان نكاح غبطة كان لها الصداق وان كان غير ذلك بطل الصداق الا ان يدخل فيكون لها قدر ما تحل به والسابع ان الميراث بينهما ويثبت الصداق ان كان الزوج هو الميت وينظر فى النكاح ان كانت الزوجة هى الميتة على ما ذكر فى القول قبل هذا والثامن أنه ينظر فى النكاح فان كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولى أجازه كان الميراث بينهما ووجب الصداق وان كان غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق الا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به قال فى مسائله والذى أختاره وأتقلد الفتوى به اذا كان الزوج هو الميت أن ينظر فى النكاح فان كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولى اجازه كان لها الصداق والميراث وان كان على غير هذه الصفة لم يكن لها ميراث ولا صداق الا ان يكون قد دخل فيكون لها قدر ما تحل به وان لم يوقفه بالنكاح ولم ينظر فيه الولى حتى خرج الزوج من الولاية لم يفسخ النكاح فى قول ابن القاسم ومثل ذلك حكى ابن محرز فى تبصرته عن اسمعيل القاضى ان المولى عليه اذا تزوج بغير اذن وليه فلم يعلم به الولى حتى ترشد المولى عليه ان النكاح ثابت قال وكذلك وجدت لابن الماجشون فى أصوله فيما باع المولى عليه أو اشترى ان رشده يمضى افعاله وقد كان يشبه ان يعود ما كان بيده ولم يمض من ذلك اليه فيجيزه ويرد وذكر القاضى أبو الوليد بن رشد فى كتاب المأذون من المقدمات خلاف ذلك وانه يكون له الخيار بعد ملكه أمر نفسه ولم يحك فى ذلك خلافا

وفى النوادر لما للشارح رضى الله تعالى عنه وأدخله ابن سهل فى كتابه ان لورثة المولى عليه ان يردوا ماصنع فى ولايته عما كان يكون
له لو ولى أمر نفسه مالم يترك بعد ان يلى نفسه بما يعلم انه رضى ومثله لمطرف وابن الماجشون خلاف قول ابن القاسم واصبغ

الخصمين له على أحدهما دون اذا كان به موسرا فان كان به معسرا لم يجز له النظر بينهما مثل
الشهادة منه لاحدهما ﴿مسئلة﴾ لو شهد عند القاضى رجلان ان هذا سرق متاع هذا
القاضى قطعه ولم يغرمه حتى يرفعه الى غيره لان الغرم حق له وهو لا يحكم به لنفسه
﴿مسئلة﴾ وفى ابن يونس ولا ينبغى له ان يحكم بين أحد من عشيرته و بين خصمه وان رضى
الخصم بخلاف رجلين رضيا بحكم أجنبى فينفذ ذلك عليهما ﴿مسئلة﴾ ولا ينبغى أن يحكم بين
عبده و بين خصمه وان رضى الخصم بذلك فان فعل فليشهد على رضاه و يحكم بالعدل و يجتهد
﴿مسئلة﴾ ومما يجرى مجرى القاضى فى المنع من الحكم لمن يتهم عليه المفتى يفتى لمن يتهم
عليه ممن لا تجوز شهادته فينبغى للفتى الهروب من هذا متى قدر عليه قال المازرى وقد نزل
بى مثل هذا فى خصام لزوجتى فى مواريث وسألنى القاضى والخصوم فى الفتوى فامتنعت
من ذلك ﴿مسئلة﴾ فاذا قضى القاضى لنفسه أولمن لا يجوز قضاؤه له باختلاف من العلماء
غير شاذ فاحب الى ان رأى أفضل منه ان يفسخه فان لم يفعل حتى مات أو عزل فلا يفسخه
غيره الا فى خطا بين فان حكم على نفسه أو على من لا يجوز حكمه له باختلاف غير شاذ
فلا أحب ان يفسخه لانه لا يتهم فيه

﴿الركن الرابع المقضى فيه﴾

وهو جميع الحقوق * قال القاضى أبو الاصبغ بن سهل اعلم ان خطة القضاء أعظم الخطط
قدرا وأجلها خطرا وعلى القاضى مدار الاحكام واليه النظر فى جميع وجوه القضاء من
القليل والكثير بلا تحديد وقال الشيخ أبو اسحق ابراهيم بن يحيى بن الامين للقاضى النظر
فى جميع الاشياء الا فى قبض الخراج واختلف هل له ان يقبض أموال الصدقات
و يصرفها فى مستحقيها اذا لم يحضر ناظر ام لا واختلف هل اقامة الجمع والاعياد اليه أم لا
وقال فى باب الامارة اختلف هل لمن ولى الامارة الخاصة ان يؤم فى الجمع والاعياد
والقاضى أولى منه بذلك ﴿مسئلة﴾ قال ابن سهل و يختص القاضى بوجوه لا يشاركه
فيها غيره من الحكام وذلك النظر فى الوصايا والاحباس قال ابن الامين يريد المعقبة
والترشيد والتحجير والتسفيه والقسم والمواريث والنظر للايتام والنظر فى مال الغياب
والنظر فى الانساب زاد أحمد بن يحيى بن أبى عيسى فقال وانى لارى مثل ذلك فى
الجراحات والتدميات وما اشبهها قال ابن الامين والاثبات والتسجيل قال ابن سهل
ولا يجب للقاضى ان يرفع نظرا من عنده الى غيره من الحكام كما يرفع غيره من الحكام اليه
فهذه الامور التى قدمنا ذكرها لا ترفع الا اليه ولا تكون الا فى ديوانه واذا ضيع
القاضى ذلك كانت منه هجنة قال ابن لبابة وهذا الذى أعرفه وأقول به وأدركت الناس
عليه من ترتيب أحكام القضاة فى الامور التى لا ينبغى لغيرهم النظر فيها وذكر ابن سهل
أسماء الشيوخ القائلين بذلك وهم ابن لبابة وعبيد الله بن يحيى الليثى راوى الموطا عن
مالك

مملوك فلان باذن سيده فلان
المذكور فلانة مملوكة فلان ابن
فلان اصدقها كذا وكذا نقدا
وكالئا النقد منه كذا قبضه
لها سيدها المذكور وصار بيده
لجهزها به اليه وابرأه منه
والكالئ كذا مؤخرا الى أجل
كذا والتزم لها من الشروط
كذا تذكر من ذلك ما يقع
الاتفاق عليه ثم تقول انكحه
اياها سيدها المذكور دون
مؤامرتها بما وجه له من ذلك
وهى بكر حل للنكاح أوثيب
مستبرأة منه اذا كان وطئها
حل للنكاح وشهد على فلان
سيد العبد المذكور والمنكح
للزوجة سيدها المذكور بما
فيه عنهما من أشهداه به
وعرفهما وبحال صحة وجواز
واشهده الزوج المملوك
المذكور بما فيه عنه فى كذا
(وتعقد) فى نكاح العبد للحرة
أصدق فلان مملوك فلان باذنه
زوجته فلانة بنت فلان كذا
وكذا نقدا وكالئا النقد منه
كذا والكالئ كذا وتبنى على
ما تقدم من الشروط فى
الزوجات الحرائر وغيرها * ثم
تقول ان كانت بكرا مهملة أنكحه
اياها باذنها ورضاها أخوها
شقيقها فلان وهى بكر بالغ فى
سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج

وعدة الوفاة حل للنكاح وبعد ان استؤمرت فى ذلك واعلمت بالناكح والمهر وان اذنها فى هذا النكاح انما
هو نطقها فنطقت وأفصحت بالرضا وشهد على فلان سيد العبد وأخى الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من اشهداه به وعرفهما
وبحال صحة وجواز وحضر الاستئمار وشاهده كما يجب وسمع نطقها بالرضا مفصحة به واشهده الزوج المذكور بما فيه عنه فى كذا

مالك رضى الله تعالى عنه وأيوب بن سليمان وسعد بن معاذ ومحمد بن أبى لبيد وخالد بن وهب وأحمد بن مطر وطاهر بن عبد العزيز وسعيد بن حمير وأحمد بن يحيى بن أبى عيسى ويحيى بن سليمان وأحمد بن بقى بن مخلد وهؤلاء هم شيوخ الفتيا وأصحاب الشورى وعنهم يصدر الحل والعقد رحمة الله تعالى عليهم أجمعين

﴿فصل﴾ وأما غير القاضى فمقصور على ما قدم عليه قال ابن راشد وفى المتيطة أربع مسائل فى المدونة لا يحكم فيها صاحب الشرطة التحجير والحكم على الغائب وإقامة الحدود والقسم بين الصغار والكبار وما عداها يجوز حكمه فيه

﴿فصل فى الشئ المدعى فيه يكون فى غير بلد المدعى عليه وأين تكون محاكمتهما﴾ وفى مختصر الواضحة فى الرجل من أهل المدينة يكون له دار بمكة فيدعيها رجل من أهل مكة قال ابن حبيب قال ابن الماجشون انما تكون خصومتهما حيث الدار والشئ المدعى فيه فثم يسمع من بينة المدعى وحجته ويضرب لصاحب الدار أجلا حتى يأتى فيدفع عن نفسه أو يوكل له وكيلا يقوم عنه فى الخصومة فى ذلك قال فضل بن سلمة وهذا أيضا مذهب سحنون وابن كنانة قال ابن كنانة الا أن يكون أحد القاضيين جائرا فالخصومة عند الاعدل قال ابن حبيب وخالف مطرف وأصبغ قول ابن الماجشون فى ذلك وقال انما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه ولا يلتفت الى موضع المدعى ولا موضع المدعى فيه غير أن من حق المدعى ان شاء بدأ بقاضيه يعنى بقاضى مكة فرفع اليه أمره وأثبت عنده بينته ثم كتب قاضى مكة بذلك الى قاضى المدينة وخرج بنفسه وان شاء ان يوكل أثبت وكالة وكيله عند قاضى مكة ثم خرج الوكيل بالكتاب فاذا قدم المدعى أو وكيله استعدى على المدعى عليه عند قاضى المدينة وأخرج كتاب قاضى مكة فاذا ثبت الكتاب عند قاضى المدينة لزمه قبول ما فيه وقرأه على المدعى عليه وسأله المخرج من ذلك ان كان له مخرج والا أنفذ الحكم عليه ان تبين له انفاذه أما لو كان المدعى أو وكيله لم يأت بكتاب من عند قاضى مكة وانما قدم على المدعى عليه فاستعدى عليه قاضى المدينة فينبغى لقاضى المدينة اذا أعلمه المدعى ان بينته بمكة حيث الدار أن يكتب له الى قاضى مكة ان يسمع من بينته ثم يكتب بذلك اليه ويؤجل له على قدر المسافة ووجه مطلب الامر قال ابن حبيب وبهذا أقول قال فضل وهذا مذهب ابن القاسم قال ابن حبيب قال لى أصبغ ولو ان المدنى خرج الى ضيعته بمكة أو جاءها حاجا فتعلق به المكى المدعى يريد مخاصمته ثم كان له ذلك ولم يكن للمدعى عليه ان يأبى ذلك ثم قال لى انظر كل من تعلق برجل فى حق من الحقوق فانما يخاصمه فى الموضع الذى تعلق به فيه ان كان لذلك الموضع أمير يحكم أو قاض كان المدعى فيه فى ذلك الموضع أو غائبا عنه كان اقرارهما بغير ذلك الموضع أو لم يكن قال ابن حبيب وأنا أقول بهذا اذا تعلق به فى دين أو مال أو حق مما يكون فى ذمم الرجال وأما فى العقار فان كان أيضا فى الموضع الذى فيه المدعى فيه فكذلك لان ابن الماجشون رأى ان

فان كانت ثيبا فتضمن الشهادة عليها (وتعقد) فى نكاح الحر للامة أصدق فلان بن فلان مملوكة فلان كذا أو كذا نقدا أو كالئا النقد منه كذا اقبضه لها سيدها المذكور ليجهزها به اليه وابرأ منه والكالئ كذا مؤخرا الى أجل كذا والتزم لها من الشروط كذا ثم تقول أنكحها اياها سيدها المذكور بما وجب له من ذلك دون مؤامرتها وهى بكر أو ثيب مستبرأة حل للنكاح وشهد على الزوج والسيد المنكح المذكور بما فيه عنهما من اشهداه به وعرفهما وبحال الصحة والجواز وفى كذا ﴿بيان﴾ وللسيد تزويج مماليكه الذكور والاناث بغير رضاهم ويجبرهم على ذلك وكذلك المدبرة وليس له ذلك فى المكاتبة والمعتقة الى أجل ولا الامة يكون بعضها حرا وبعضها مملوكا ولا يزوج هؤلاء الا برضاهن وكذلك أم الولد لا يزوجها الا برضاها مع أنه يكره له ذلك وقيل له اكراهها على التزويج وهو فى المدونة (وان) أراد السيد ان يتزوج أمته أو أم ولده أو غيرهما ممن له فيه شعبة رق فلا يجوز له عقد النكاح عليها حتى يبتل عتقها وليس له اذا عقد النكاح على عبده ان يطلق عليه الا ان يكون صغيرا فيطلق عليه بشئ يأخذه له ولا يجوز على غير ذلك وان كان العبد كبيرا فالطلاق له دون سيده يطلق كيف شاء فان طلق زوجته رجعية فله ارتجاعها وان كره ذلك سيده أو سيد زوجته ان كانت أمة وطلاقه ثنتان وهل له ان يتزوج أربعا أم لا فى ذلك قولان أحدهما انه يتزوج أربعا حرائر كن أو اماء وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وروى ابن وهب انه لا يتزوج الا اثنتين على النصف من الحر ولا بد للسيد ان يفرض المهر فى عقد نكاح مملوكه فى ماله أو فى مال مملوكه فان لم يذكر ذلك ولا بين فى مال من هو فهو على العبد دون السيد وعلى سيد الامة ان يجهزها بما قبضه لها من الصداق وقيل له أخذه بجملته اذ هو مال لها وقيل يأخذه

يرفع معه الى حيث يكون فيه الشئ المدعى فيه وان لم يكن الشئ فى ذلك الموضع الذى تعلق به فيه وانما هو فى قرار المدعى عليه أوغيره فليس للمدعى ان يحبسه لمخاصمته فيه

﴿الركن الخامس المقضى عليه﴾ وهو كل من توجه عليه حق اما باقراره ان كان ممن يصح اقراره واما بالشهادة عليه بعد العجز عن المدفع وبعد الاعذار اليه قبل الحكم واما بالشهادة عليه وبيمين الاستبراء ان كان الحق على ميت أو على غائب واما بلدده وتغيبه عن حضور مجلس الحكم وقيام البينة عليه واما بالشهادة عليه ولدده عن الجواب على طبق الدعوى وسيأتى بيان الحكم فى هذه الوجوه كلها كل مسئلة فى محلها ان شاء الله تعالى

(فصل) والمقضى عليهم أنواع منهم الحاضر المالك أمره ومنهم الغائب ومنهم الصغير المحجور عليه ومنهم السفيه المولى عليه ومنهم الورثة المدعى عليهم فى مال الميت وفيهم الصغير والكبير فاما الحاضر المالك أمره فقد تقدم فى سيرة القاضى مع الخصوم بعض أحكامه وسيأتى تمامها فى الاعذار والتعجيز والجواب والنكول واليمين والبينة وأما الغائب فقد ذكرت الدعوى عليه فى فصل الدعاوى وذكر أنواع المدعى عليهم ونذكر هنا طرفا مما يتعلق به وأما الصغير والسفيه والورثة فهم مذكورون فى الدعاوى فى أنواع المدعى عليهم

﴿فصل﴾ ولا يحكم على عدوه كما لا تجوز شهادته عليه ﴿مسئلة﴾ ويجوز للقاضى ان يحكم بين أهل الذمة اذا تظالموا وترافعوا اليه ورضوا بحكمه وليحكم بينهم بحكم الاسلام قال ابن محرز وظاهر هذا أنا نحكم بينهم وان لم ترض اساقفتهم قال وقال ابن القاسم فى العتبية لا يحكم بينهم حتى ترضى أساقفتهم وقال غيره ذلك غير لازم لانه عليه الصلاة والسلام رجم اليهوديين ولم يأت فى الخبر انه شاور اساقفتهم وفى الوثائق المجموعة وانما للحاكم المسلمين ان يحكم بينهم فى التظالم مثل ان يمنع وارث وارثا حقه وما أشبه ذلك اذا رضى المتظالمان بذلك وأما الخمر والربا والزنا والطلاق والعتاق فلا ينبغى ان يحكم بينهم فيه

﴿فرع﴾ وتجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ولا تجوز شهادة أهل الذمة على شئ من امور المسلمين فى مذهب مالك لا فى وصية ولا فى غيرها لا فى سفر ولا فى حضر ولا تجوز شهادة يهودى على نصرانى ولا بالعكس

﴿فصل﴾ ولا يحكم القاضى على أحد الا بعد ان يسأله أبقيت لك حجة فيقول لا على ما هو مذكور فى فصل الاعذار ﴿تنبيه﴾ والمحكوم عليه تارة يكون هو المدعى عليه وتارة تقوى حجة المدعى عليه وتضعف حجة المدعى فيتوجه الحكم على المدعى بالابراء أو غيره من الوجوه وقد ذكرت ذلك فى فصل الاعذار ﴿مسئلة﴾ واذا أقر أحد الخصمين عند القاضى بشئ وليس عنده أحد ثم جحد ذلك الاقرار فانه لا يقضى عليه الا ببينة سواه وان لم تكن عنده بينة رفع ذلك الى من فوقه وكان شاهدا وكذلك ما اطلع عليه من حق الله تعالى أو رآه من غصب أو سمع من قذف فليرفعه الى من هو فوقه ويكون هو شاهدا وقال

الاربع [illegible] والشروط لازمة للعبد اذا التزمها فى عقد النكاح والاشهاد بها انما يكون على العبد [illegible] [illegible] بشئ منها قال بعضهم لا يعقد عليه منها الاطلاق من يتزوج اذ لا يلزمه عتق السرية ولا شرط المغيب ولا غير ذلك من الشروط وقال غيره تعقد عليه جميعا لانه قد يعتق وزوجته فى عصمته فتلزمه فعقدها عليه جائز ان التزمها (ويكتب فى ذلك مانصه) والتزم طائعا متبرعا ان لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد وان فعل شيأ من ذلك فأمرها بيدها والداخلة عليها بنكاح طالق والسرية عند وجوب العتق لهذا الزوج بيد زوجته المذكورة ان شاءت باعت وان شاءت أعتقت وأم الولد حرة عند ذلك لله تعالى وان لم يلتزم العبد المهر ولا شيأ من الشروط لم يحتج الى ذكره فى الاشهاد * ولا يجوز فى نكاح المملوكة ان يشترط ان الولد حر فان فعل ذلك فسخ النكاح قبل البناء وبعده بلا خلاف قال ابن رشد وقد يدخل الخلاف فى فسخه بعد البناء من مسائل غيرها والمعتبر فى رق الاولاد أمهاتهم دون آبائهم فان كانت الام مملوكة فهم مملوك لسيدها سواء كان والدهم حرا أو عبدا * وقولنا فى صداق البكر اذا تزوجها العبد انها نطقت بالرضا هو الصواب لانه عيب فلا بد من نطقها بالرضا به وكذلك ان كانت بكرا ذات أب فلا بد من النطق بالرضا اذا كان زوجها عبدا وقال ابن فتحون لا يحتاج الى نطقها وهو خلاف السنة وكذلك ليس للسيد جبرها على نكاح العبد ولا يزوجها الا برضاها وقيل له جبره او على العبد نفقة زوجته الحرة وكسوتها طول بقائها فى عصمته من كسبه ولا يمنعه سيده من ذلك فان كان لها عليه كالئ قضى به فيما وجد له من مال مما اكتسبه من تجارة أو هبة ولا يقضى به عليه فى عمل يديه ولا فى مال سيده فان ولد له منها أولاد لم تلزمه النفقة عليهم

وهم أحرار من فقراء المسلمين وان طلقها لم يكن لها عليه نفقة ولا لاولاده منها وان كانت الزوجة أمة فنفقتها كذلك على زوجها حرا كان او عبدا او آواها السيد معه ببيت أو لم يبوئها وقال أشهب لا نفقة لها على الزوج بحال وهي على سيدها وقيل بالفرق بين ان يبوأها سيدها مع زوجها بيتا فتلزم

الزوج أو لا يبوأها فتسقط النفقة عن الزوج وروى عن مالك رضي الله تعالى عنه انها على من ثبتت عنده من زوج أو سيد وقال عبد الملك نفقتها على الزوج في حين كونها عنده وعلى السيد اذا انصرفت اليه وكانت عنده سواء كانت في الليل أو في النهار * وليس للمكاتب ولا من فيه شعبة رق أن يتزوجوا الا باذن ساداتهم ذكرانا كانوا أو اناثا فان تزوج العبد او المكاتب أو من فيه شعبة من الرق من الذكران بغير اذن سيده فللسيد فسخه أو اجازته قال أبو الفرج والقياس أن لا يصح (وان) أجازه فيعقد في ذلك عقد اشهد فلان ابن فلان على نفسه أن مملوكه فلانا أو مدبره أو مكاتبه كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير اذنه وانه وقف الآن عليه وعلم به فامضاه وحوزه وقطع الاعتراض فيه بكل وجه ومعنى وشهد عليه بما فيه عنه في كذا (وان) فسخه (فيكتب فيه) عقد اشهد فلان ابن فلان على نفسه ان مملوكه فلانا كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير اذنه وانه علم الآن به ووقف عليه ففسخه بطلقة واحدة واسترجع ما كان قد دفعه اليها من الصداق

عبد الملك يحكم بما أقر به الخصم في مجلسه وقد تقدم بعض هذا في الآداب وبعضه مذكور في باب قضاء القاضي بعلمه

(فصل في مسائل الحكم على الغائب) وفي المتيطية وينبغي للحاكم ان يصرح باسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب لانه حكم على غائب فيحتاج الى تسميتهم لارجاء الحجة له فيهم فان لم يصرح بأسمائهم وكان الحاكم ليس مشهورا بالعدل والفضل فان ذلك مما يبيح لمن بعده ان يتعقب ذلك الحكم لان هذا انما يعطي الامن الحاكم العدل فان قدم هذا الغائب فاراد رد القضاء عنه وان يبتدئ الخصومة كان ذلك من حقه اذا تعلل في شهادة الشهود وقال لو علمت من شهد علي لرددت شهادته عني وقال المازري اذا لم يصرح القاضي بأسماء الشهود في الحكم على الغائب فالمشهور ان ذلك حكم لا ينفذ دون ان يعرف الغائب من يشهد عليه ووقع في المذهب رواية ان ذلك ينفذ ولكنها مطروحة عند القضاة المالكية (مسئلة) قال اشهب ينبغي للقاضي اذا سجل بين الخصمين ان يذكر في الكتاب أسماء الشهود فان لم يفعل حتى أوقع الحكم فالاحب ان يبدل الكتاب فان لم يفعل حتى عزل أو مات تفسد الحكم الاعلى الغائب لانه ان قدم فقال من الشاهد علي فان عندي تجريحه فالقضية مردودة والخصومة مؤتنفة والبينة معادة ولا حجة للحاضر الذي قد مضى الحكم عليه في ترك تسمية القاضي الشهود (مسئلة) قال ابن أبي زمنين سحنون يذهب في الحكم على الحاضر الى ترك التصريح باسماء الشهود اذ قد يحكم القاضي بهم وهم عدول ثم تحدث لهم جرحة وقد عزل القاضي أو مات فيدعي المقضي عليه أن القاضي قبل عليه شهودا غير عدول فالتسمية مما توهن الحكم عنده والى قول اصبغ وتسمية الشهود ذهب من رأيته من فقيه وحاكم ولسحنون في المجموعة ان تسميتهم لا تلزم في الحكم على الغائب وسوى أصبغ في هذا بين الحكم على الغائب والحاضر وبه جرى العمل فهو في الحاضر مستحب وفي الغائب واجب لارجاء الحجة له (مسئلة) قال القاضي أبو الوليد بن رشد الحكم على الغائب في مذهب مالك رضي الله تعالى عنه على ثلاثة أقسام * أحدها غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة فهذا يكتب اليه ويعذر اليه في كل حق فاما وكل واما قدم فان لم يفعل حكم عليه في الدين وبيع عليه ماله من الاصل وغيره وفي استحقاق العروض والحيوان والاصول وجميع الاشياء من الطلاق والعتق وغير ذلك ولم ترج له حجة في شيء من ذلك لانه لا عذر له * والثاني غائب بعيد الغيبة على مسيرة عشرة ايام وشبهها فهذا يحكم عليه فيما عدا الاستحقاق في الرباع والاصول من الديون والحيوان والعروض وترجى له الحجة في ذلك * والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من افريقية والمدينة من الاندلس وخراسان فهذا يحكم عليه في كل شيء من الديون والحيوان والعروض والرباع والاصول وترجى له الحجة في ذلك (مسئلة) وفي الواضحة والعتبية قال سحنون أخبرنا أشهب قال

الا ربع دينار منه فانه تركه لها اذا كان قد دخل بها واسقط عن مملوكه المذكور سائر ذلك وأمضى ذلك وانفذه بمحضر الزوجة أو والدها وعلمها بذلك واشهد بذلك على نفسه في كذا * وهل للسيد فسخ هذا النكاح بالبتات أم لا في ذلك قولان قال ابن رشد وان دخل العبد بزوجته فعلم السيد وسكت ولم ينكر فانه يسقط حقه في التفريق بينهما

ولا بد ختلي في ذلك الخلاف الذي في السكوت هل هو رضا أم لا وان باعه السيد قبل علمه بنكاحه فهل يكون له فسخه وهو
في غير ملكه أم لا في ذلك قولان كالشفعة وان وهبه أو أعتقه فليس له ذلك وان أراد المشتري الفسخ لم يكن له ذلك وهو عيب
له القيام به ان كان لم يعلم به وكذلك كل من صار اليه بعوض أو بغيره ليس له فسخ النكاح كالمشتري

كتب ابن غانم الى مالك بن أنس رضي الله تعالى عنه عن الخصمين يختصمان اليه
في الارض فيقيم أحدهما البينة على الآخر بأنها له فاذا علم بذلك الذي قامت عليه
البينة هرب وتغيب فطلب فلم يوجد أيقضي عليه وهو غائب فقال مالك رضي الله تعالى
عنه اكتب اليه اذا ثبت عندك الحجج وسألته عما تريد أن تسأله عنه واستقر عندك علم
كل ما تريد أن تسأله عنه فلم تبق له حجة فتغيب فاقض عليه وهو غائب قال ابن رشد هذا
كما قال اذا تغيب بعد ان استوفى جميع حججه وهرب فرارا من القضاء عليه انه يقضى
عليه و يحزه ولا يكون له اذا قدم أن يقوم بحجة بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر الا على
القول بأن المحكوم عليه اذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه تسمع منه وأما ان هرب
وتغيب قبل أن يستوفي جميع حججه فالواجب في ذلك أن يتلوم له فان لم يخرج وتمادى
على تغيبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجته (مسئلة) وذكر الفقيه أبو عبد الله
الباجي في وثائقه في باب تطليق المرأة نفسها على زوجها بشرط المغيب أنه لا بد من
التصريح في الحكم بأسماء الشهود من أجل ان الحجة مرجاة للغائب في قول ابن القاسم
وبه الحكم فان لم يصرح عن الشهود فيه نفذ الحكم ولم يكن لغيره أن ينقضه وان كان
في غير الطلاق يعني من الديون ونحوها مما تقدم ذكره قال واذا كان الحكم على
الغائب فلا بد أن يكشف في تسجيله عن أسماء الشهود ليعرف الغائب من شهد عليه
وفيمن يدفع وكذلك يلزمه أن يفعل في كل ما ينبغي فيه اعذار فان وقع الحكم مجملا ولم يكشف
عن أسماء الشهود فليس ينقض الحكم وهو تام ويكره له ذلك ان لم يفعله وان فعله لزم
الحكم ويقال للمحكوم عليه اذهب الى الحاكم الذي حكم عليك يكشف عما حكم
به عليك هكذا هو في كتاب الاقضية من المستخرجة والقضاء بذلك نافذ وقال بعض
أهل العلم الكشف عن أسماء الشهود أحسن لانه يتوجه الى القاضي فيجده قد مات
فيبطل حقه فلا يجب أن يكون الحكم الا كاملا وذكر ابن سحنون عن أبيه في كتاب
القضاء ان كان الحكم على غائب فلا بد من التصريح بأسماء الشهود وقد تقدم لسحنون
خلاف هذا من مفيد الحكام

(فصل في ارجاء الحجة للغائب) قال ابن سهل وارجاء الحجة للغائب فيما يحكم به عليه
أصل معمول به عند الحكام والقضاة ولا ينبغي العدول عنه ولا الحكم بغيره اذ هو كالاجماع
في المذهب وذكر عن سحنون انه لا ترجى له حجة وهو ضعيف لا يوجد عنه في الاصول وانما
روايته في حواشي المدونات المسموعة على ابن وضاح أو على رواية منها أدخلها ابن
الهندي في وثائقه والله أعلم وعن سحنون في كتاب ابنه وفي العتبية خلافه على ما عليه
جماعتهم وجرى به العمل من فتواهم ولابن الماجشون في ذلك تنويع في كتاب ابن
حبيب وارجاء الحجة مصرح به في أصولنا الواضحة وغيرها وهو في المدونة في ثاني النكاح
وفي الخلع وفي كتاب الشفعة وغيرها انظر الثاني من أحكام ابن سهل في رسم مطاحن

وفي ذلك اختلاف وأما
الوارث فله ذلك بلا خلاف
وان عتق العبد فهل يكون
له ذلك أم لا في ذلك اختلاف
أيضا ورجح بعضهم انه ليس
له ذلك وللزوجة اتباعه بعد
العتق بالصداق بخلاف
المحجور الا ان يسقطه السيد
عنه في حين فسخ النكاح فلا
يكون لها اتباعه بذلك (وأما)
الامة اذا تزوجت بغير اذن
سيدها فالنكاح فاسد
ولا يصح وان أجازه السيد
اذا باشرت العقد بنفسها
وان قدمت لذلك رجلا عقد
عليها ففيها روايتان أحداهما
انه لا يصح أصلا والاخرى انه
يجوز باجازة السيد و يبطل
برده * واذا اعتقت الامة تحت
العبد فلها الخيار ان شاءت
اقامت مع زوجها وان شاءت
فارقته * فان اختارت الفراق
فيكتب في ذلك) عقدا شهدت
فلانة الزوجة المذكورة في كذا
على نفسها انها لما عتقت
تحت زوجها المذكور معها
فيه وهو مملوك وعلمت ان لها
الخيار في المقام معه أو الفراق
فاختارت الفراق وطلقت
نفسها عليه طلقة واحدة بعد
البناء أو قبله أو اثنتين بانت
بهما منه على ما أوجبت لها
السنة في ذلك وشهد على اشهادها بذلك في كذا فان عتقت تحت حر فلا خيار لها * وان تزوج الحر الامة وربتها
على زوجه الحرة ففي ذلك قولان أحدهما انه يكون لها الخيار في نفسها وفي رد نكاح الامة أو اقراره والثاني انها انما يكون لها
الخيار في أن تقيم معه أو أن تفارقه وهو قول ابن القاسم (فان) اختارت الفراق (فيكتب في ذلك) عقدا شهدت فلانة على

ورثتها زوجة وابنان غائبان وفى مفيد الحكام ان ابن الماجشون واصبغ يريان انه لا ترجى حجة لغائب وذلك أن من أصلهما أن يقدم القاضى له وكيلا يقوم بحجته ويعذر اليه فهو عندهما كالحاضر وابن القاسم يرى ارجاء الحجة للغائب لان من أصله انه لا يقيم له وكيلا وعلى هذا يجرى الخلاف فى تسمية الشهود فى الحكم عليه وانه ان لم يسمهم فالحكم مفسوخ ويستأنف الخصام والصبى كالغائب وفى المدونة فى كتاب القسمة ليس للقاضى أن يوكل للغائب من يعذر اليه فى شهادة الذين شهدوا عليه ولا يقيم القاضى لصبى ولا لغائب وكيلا يقوم بحجتهما وفى الواضحة خلافه من قول عبد الملك وكذلك فى سماع أصبغ من كتاب الاقضية.

﴿الركن السادس فى كيفية القضاء﴾ ومعرفة ذلك تتوقف على العلم بتسعة أقسام ﴿القسم الاول﴾ فى معرفة تصرفات الحكام واصطلاحهم فى الاحكام * وفيه فصول ﴿الاول﴾ فى تقريرات الحكام على الوقائع وما هو منها حكم وما ليس بحكم ﴿الثانى﴾ فى بيان الفرق بين تصرفات الحكام التى هى حكم لا يجوز تعقبها والتى ليست بحكم ويجوز تعقبها ﴿الثالث﴾ فى بيان المواضع التى تفتقر الى حكم الحاكم وما لا يفتقر وما اختلف فيه وبيان أبواب الفقه التى يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنا ﴿الرابع﴾ الفرق بين ألفاظ الحكم التى جرت بها عادة الحكام فى التسجيلات وبيان أحكامها وما يترتب عليها ﴿الخامس﴾ فى الفرق بين الثبوت والحكم ﴿السادس﴾ فى معنى تنفيذ القاضى حكم نفسه ومعنى تنفيذه حكم غيره ﴿السابع﴾ فى بيان ما يدل على صدور الحكم ﴿الثامن﴾ فى تنبيهات ينبغى للحاكم التنبه لها فيما يشهد به على نفسه فى التسجيلات وما يمتنع الاشهاد به ﴿التاسع﴾ فى بيان الحكم المعلق

﴿الفصل الاول فى تقرير الحاكم ما رفع اليه﴾ اختلف أهل المذهب هل يكون تقرير الحاكم على الواقعة حكما بالواقع فيها أم لا كما اذا زوجت امرأة نفسها بغير اذن وليها ورفع ذلك الى قاض يراه جائزا فأقره وأجازه ثم عزل قال ابن القاسم ليس لغيره فسخه واقراره عليه كالحكم به واختاره ابن محرز وهو ظاهر المدونة يريد ان ذلك كالحكم فلا يعترضه قاض آخر وقال عبد الملك ليس بحكم ولغيره فسخه وهذا بخلاف ما لو رفع له فقال لا أجيز النكاح بغير ولى من غير أن يحكم بفسخه فهذه فتوى ولغيره الحكم فى تلك الواقعة بما يراه ﴿فرع﴾ وكذلك اذا قال لا أجيز الشاهد واليمين فهو فتوى اتفاقا ﴿فرع﴾ قال ابن يونس قال عبد الملك اذا قيل ان التخيير طلقة فاختارت نفسها فتزوجها قبل زوج فرفع الى حاكم يرى ذلك فأقره فلمن بعده فسخ العقد ويجعل طلاقها ثلاثا وان كان الحاكم الاول قد أشهد بذلك وكتب به وهذه الزيادة من مختصر الواضحة لفضل بن سلمة ﴿فرع﴾ وان علق الطلاق أو العتاق على الملك أو التزويج أو تزوج وهو محرم فرفع ذلك الى حاكم فأقر النكاح على حاله وأقر المملوك رقيقا وأجاز نكاح المحرم وأقره ثم رفع الى غيره فله أن يحكم فى ذلك بما

نفسها ان زوجها فلانا تزوج عليها بغير اذنها مملوكة فلان وانها لما علمت بذلك أدت المقام على ذلك فطلقت نفسها عليه طلقة واحدة ملكت بها أمر نفسها بما وجب لها من ذلك الشرط وشهد على اشهادها بذلك فى كذا ولا يكون طلاق هذه الحرة التى تزوج عليها زوجها الا واحدة تبين بها منه (وأما) الامة اذا أعتقت فلها ان تطلق واحدة ويكون لزوجها الرجعة ان عتقت فى عدتها وان كانت بائنة وهل يكون لها أن تقضى باثنتين طلاق العبد أم لا فى ذلك روايتان المشهور منهما ان ذلك لها * ولا يتزوج الحر الامة الا ان لا يجد طولا وهو ما ينكح به الحرة من المال ويخشى العنت وهو الزنا فان لم يكن كذلك فهل يجوز له نكاحها أم لا فى ذلك روايتان عن مالك رضى الله تعالى عنه احداهما ان ذلك لا يحل له والثانية ان ذلك جائز قال ابن القاسم وهو آخر ما فارقته عليه ولا يحل نكاح الامة الكافرة لمسلم حرا كان أو عبدا ﴿فصل﴾ وتعقد فى نكاح الكتابية مثل ما تعقد فى نكاح الحرائر المسلمات فى المهر والشروط وغير ذلك * فان لم يكن لها ولى عقد نكاحها أساقفة أهل دينها (فتقول) انكحها اياها أخوها فلان أو ابن عمها فلان أو الاسقف فلان وتبنى على ما تقدم فى الانكحة من تضمين الشهادة على الزوجين والولى وغير ذلك ولا يعقد نكاحها سلطان ولا ولى مسلم وان كانت ساكنة بين أظهر المسلمين فاولياؤها أحق بالعقد عليها الا أن يأبوا العقد عليها فيعقد عليها نكاحها السلطان قال ابن زرب واذا منع الذمية أهل دينها من النكاح لزم السلطان ان يجبرهم على انكاحها لان منعهم لها من الظلم وان ذهبت الى نكاح مسلم لم يجبرهم على العقد عليها * وان كانت الكتابية معتقة لاحد من المسلمين أو مسبية أو مستأمنة فامرها الى السلطان وهو يعقد نكاحها ولا يجوز نكاح المجوسيات ﴿وسئل أبو اسحق التونسى﴾

رآه على قول عبد الملك ﴿فرع﴾ وكذلك لو أقام شاهداً على القتل فرفع لمن لا يرى القسامة فلم يحكم بها فلغيره الحكم لأن سكوت الأول عن الحكم ليس بحكم ﴿فرع﴾ فلو قال الحاكم لا أسمع بينتك لأنك حلفت قبلها مع قدرتك على احضارها أو قال لا أرد اليمين على المدعى عليه أو قال لا أحكم بالشاهد واليمين أو لا أحلف المدعى عليه لأنها يمين تهمة ومذهبي أنها لا تجب فهذا كله ليس بحكم شرعي ولغيره من الحكام أن يفعل ما تركه وهذا كله على رأي عبد الملك كما ذكره ابن يونس ﴿تنبيه﴾ أما لو حكم حاكم بشيء ثم رفع للثاني وهو لا يعتقد صحته فهل ينقضه ويحكم فيه برأيه أو لا فيه خلاف وتفصيل تقدم في نقض أحكام القاضي

﴿الفصل الثاني﴾ في تصرفات الحاكم التي تستلزم الحكم وما لا يستلزمه والمواضع التي يتعلق حكم الحاكم فيها بما باشره حكمه ولا يتناول عوارض تلك الواقعة وبيان التصرفات التي تشبه الحكم وليست بحكم * اعلم ان فعل الحاكم في الواقعة قد يستلزم الحكم وقد يعرى عن الحكم ألبتة (فالأول) كل ما حكم فيه بالصحة أو الموجب وذلك مثل أن يقول الحاكم قد حكمت بصحة بيع العبد الذي أعتقه من أحاط الدين بماله فالحكم بصحة البيع على سبيل المطابقة ويدل ذلك بالالتزام على الحكم بابطال العتق المتقدم على البيع فانه يلزم من صحة البيع بطلان العتق ﴿فرع﴾ وكذلك اذا باع الحاكم هذا العبد الذي أعتقه من أحاط الدين بماله فان اقدامه على البيع حكم ببطلان العتق ﴿فرع﴾ وكذلك اقدام الحاكم على تزويج امرأة تزوجت زواجاً يستحق الفسخ فان نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم بريد ان الحاكم زوجها قبل دخول الأول بها ﴿فرع﴾ وكذلك بيع الحاكم ملك المديان فانه حكم بنقل الملك عنه وخروجه من يده لأن نقل الأملاك وفسخ العقود لا شك أنه حكم (والثاني) كسماع الدعوى والجواب وسماع الشهود وتزويج يتيمة تحت حجره أو بيع سلعة لها فان ذلك لا يدل على الحكم ألبتة بل لغيره من الحكام أن ينظر فيه فان كان مختلاً في بعض شروطه عند الحاكم الثاني فله فسخه ﴿نوع منه﴾ اعلم ان القاضي اذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو اجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ وذلك في مسئلة مختلف فيها ومثار الخلاف فيها اجتهادي أي ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد فان حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ وأما ما يتبع ذلك من الأحكام والعوارض فذلك القاضي بالنسبة اليها كالمفتي وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ في ولاية ذلك القاضي ولم ترفع اليه أو رفعت اليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات فانها تحتاج الى انشاء نظر آخر من القاضي الأول أو من القاضي الثاني ولا يكون حكم القاضي الأول متناولاً إلا لما باشره بالحكم وسبب ذلك ان حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات لأن معظم ما ينظر القاضي فيه يحتاج فيه الى بينة والبينة انما تشهد بما رأته أو شاهدته وذلك

في رجل تزوج امرأة من الشيعة (فقال) الشيعة على ضربين قوم يفضلون علياً على أبي بكر فهذا لا يصح القول بتكفيره ويجوز مناكحته ويبين له خطؤه حتى يرجع الى الصواب وقوم يفضلون علياً ويسبون غيره فهؤلاء كفرة لا تحل مناكحتهم وهم بمنزلة الكفار والمجوس ومن ٣٠ ترك نكاح الكتابية فهو أحسن قال مالك رضي الله تعالى عنه وهو أحب الي من غير تحريم ولا يجوز نكاحها اذا كانت حربية وروى عن مالك رضي الله تعالى عنه انه كرهه وقال يترك ولده يتنصر فان تزوجها فقال ابن القاسم أرى ان يطلقها من غير قضاء عليه في ذلك ولا يكون الشهود في ذلك الا المسلمين وكذلك انكحة أهل الكتاب التي تنعقد بينهم لا يحكم فيها الا بشهود المسلمين قال بعضهم ويكره عقد انكحتهم على شروط المسلمين وان يحضر ذلك المسلمون ويوقعوا فيها شهاداتهم لأنهم اذا أسلموا لم يلزم شيء من ذلك وترك ذلك أحسن * فان كتبت لهم فتكتب عقدة المهر وتسمية الناكح والمنكح وتختصر القول ولا تذكر فريضة الله تعالى ولا سنة رسوله وفي كتاب الاستغناء ولا بأس ان يحضر وليمة اليهودي ويأكل منها بعد ان يحلفه انه لم يتزوج أخته ولا عمته واذا تزوج الرجل امرأة نصرانية ولم يعلم فلا حجة له في ذلك حتى يشترط انها مسلمة أو يعلم أنه انما تزوجها على أنها مسلمة * وتعقد في نكاح الصماء والبكماء مثل ما تقدم ثم تقول بعد التاريخ وكان اسنادها ذلك بالاشارة المفهومة عنها المعلوم منها مرادها اذ هي صماء بكماء بعد تكرار ذلك المرة بعد المرة وعلم أمر شهوده برضاها بذلك والتزامها ما ذكر وتحققهم ذلك منها بالاشارة كما ذكر في التاريخ وكذلك تعقد في نكاح الأصم والأبكم وفي البيوع وغير ذلك وان كان مع ذلك أعمى فلا تصح عليه الشهادة بحال في بيع ولا غيره لانه لا تصح منه

أمر جزئي وهذا هو غالب ما تشهد به البينة ويحكم القضاة به {فرع} اذا ثبت ما قررناه القاضي اذا فسخ نكاحا بين زوجين بسبب ان أحدهما رضع أم الآخر وهو كبير فالفسخ ثابت لا ينقضه أحد ولكنه ان تزوجها بعد ذلك فرفع أمرهما الى غيره ممن ولي بعده لم يمنعه ذلك الفسخ أن يجتهد ويبيحها له ان أداه اجتهاده الى أن رضاع الكبير لا ينشر الحرمة وكذا لو رفع اليه نفسه وتغير اجتهاده فله أن يبيحها له {فرع} وكذا من تزوج امرأة في عدتها ورفع ذلك الى قاض مالكي فانه يرى مع الفسخ تأبيد التحريم ومع هذا فان حكمه لا يتعدى الفسخ فاذا تزوجها بعد ذلك ورفع أمرهما الى قاض آخر لا يرى تأبيد التحريم لم يكن القضاء الاول مانعا من أن يبيحها له ويكون الحكم في حق المرأتين في هذا الفرع والذي قبله حكم امرأتين لم يتقدم عليهما حكم {فرع} وكذلك لو جمع رجل في عقد النكاح بين النكاح والبيع أو بين النكاح والاجارة ورفع ذلك الى قاض مالكي فحكم بالفسخ على مشهور المذهب لرأي رآه أو لتقليده ابن القاسم في ذلك ثم تزوج ذلك الرجل تلك المرأة بعينها على ذلك الوجه الفاسد الذي حكم القاضي بفسخه بينهما فرفع أمرهما الى القاضي الاول أو الى قاض غيره فان حكم القاضي الاول لا يتناول فساد هذا الفعل الثاني بل اذا أدى نظر القاضي الثاني الى خلاف ما أدى اليه اجتهاد الاول من امضاء النكاح أو البيع مطلقا أو بشرط ان يبقى للبضع ربع دينار امضاه انتهى من كلام القرافي رحمة الله تعالى عليه

{فصل} قال القرافي في المواضع التي تصرفات الحكام فيها ليست بحكم ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها هي أنواع كثيرة وقد التبس أمر ذلك على كثير من الفقهاء فان الحكم لا يجوز نقضه وغيره يجوز نقضه * وأنا أذكر من جملة ما ذكروه عشرين نوعا وهي عامة تصرفاتهم فيسلم فيها من الغلط {النوع الاول} العقود كالبيع والشراء في أموال الايتام والغائبين والمجانين وعقد النكاح على من بلغ من الايتام وعلى من هو تحت الحجر من النساء ومن ليس لها ولي وعقد الاجارة على املاك المحجور عليهم ونحو ذلك فهذه التصرفات ليست حكما ولغيرهم النظر فيها فان وجدها بالثمن البخس أو بدون أجرة المثل أو وجد المرأة مع غير كفء فله نقل ذلك على الاوضاع الشرعية ولا تكون هذه التصرفات في هذه الاعيان والمنافع حكما في نفسها البتة نعم قد تكون حكما في غيرها بان تتوقف هذه التصرفات على ابطال تصرفات متقدمة على هذه التصرفات الواقعة من الحاكم الآن كتزويجها بعد أن تزوجت من غير هذا الزوج والحاكم يعلم ذلك أو بيع العين من رجل بعد ان بيعت من رجل آخر والحاكم يعلم ذلك ونحو ذلك فان ثبوت هذه التصرفات الاخيرة في هذه العقود يقتضي فسخ تلك العقود السابقة ظاهرا وقد تقدم ذكر ذلك {النوع الثاني} اثبات الصفات في الذوات نحو ثبوت العدالة عند حاكم أو الجرح أو اهلية الامامة للصلاة أو اهلية الحضانة أو اهلية الوصية ونحو ذلك فجميع اثبات

الاشارة ولا يفهم عنه أشهاد

{نكاح التفويض والايجاب وتجديد عقد الصداق اذا ضاع}

(تعقد في نكاح التفويض) وبعد فهذا كتاب نكاح انعقد بين فلان وفلان في ابنته البكر فلانة دون تسمية صداق على حكم نكاح التفويض وسنته والتزم لها من الشروط كذا وتبني على ما تقدم في نكاح الابكار ان كانت بكرا وفي نكاح الثيب ان كانت ثيبا وهذا النكاح جائز من غير تسمية صداق الا ان يشترط اسقاطه فلا يجوز ويسميانه عند البناء فان تشاحا فيه كان لها صداق مثلها وللزوجة منعه من الدخول حتى يسمي لها فان أبى ان يعطيها صداق مثلها قبل الدخول فسخ النكاح بطلقة ولم يكن لها عليه مهر وبعده يحكم عليه بصداق المثل * وتعقد في الايجاب أوجب فلان لفلان النكاح في ابنته البكر فلانة بكذا ولذا نقدا وكالئا وتبني على ما تقدم في الانكحة وتذكر الشروط وغير ذلك ثم تقول أوجب له فيها النكاح والدها أو وليها فلان وتعقد الايجاب على الموجب والموجب له والزوجة ان كانت ثيبا أو بكرا زوجها غير والدها وهذا الايجاب جرت العادة بعقده عند تمام النكاح والفراغ من الخطبة لربط النكاح بالاشهاد عند ارادتهم لتأخير كتب عقد النكاح عند البناء أو الى وقت يختارونه ولا فرق بينه وبين النكاح الا في اللفظ خاصة وان اجتزى به عن عقد النكاح وفي الدخول جاز واذا أوجب الرجل النكاح في وليته بغير اذنها وهي بعيدة عنه أو قريبة فتأخر علامها بذلك فلا يجوز النكاح وان اجازته باتفاق من قول مالك وجميع أصحابه قبل ما لم يدخل وهو ظاهر قول ابن القاسم وقيل ما لم يطل بعد الدخول وهو قول ابن القاسم أيضا وقيل يفسخ ابدا وان طال وهو قول أصبغ وأما اذا زوجها باذنها فقد ذلك ثلاثة أوجه

أحدها ان ذلك جائز اذا كانت قريبة واعلمت بالقرب وهو المشهور والثاني انه جائز في القرب والبعد والثالث أنه لا يجوز قربت أو بعدت الا ان تكون حاضرة مقيمة معه بالبلد فيزوجها باذنها او يفسخ مالم يدخل واختلف في حد القرب والبعد فقال أصبغ وسحنون اليوم او اليومان وقال ٧٤ عيسى بن دينار ذلك مثل ان يعقد النكاح في السوق أو المسجد ثم يسار اليها من ساعته

(والشهادة) شرط في النكاح قبل البناء فان عقد بغير بينة ثم أشهدا بعد ذلك وقبل الدخول جاز فان وقع الدخول قبل الاشهاد لم يصدقا على النكاح صدقهما الولي أو كذبهما ولم يصح النكاح وان أقرا بالوطء لزمهما الحد على ما قال في المدونة وقيل يعاقبان ولا يحدان فان كان النكاح والدخول شائعا مشتهرا سقط الحد باتفاق وثبت النكاح وفي مقالات ابن مغيث اذا شهد للزوج بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه تزوجها بنقد كذا الى مبلغه كذا برضا وليها فلان فان زوجيتهما ثابتة ومثله في وثائق ابن فتحون قال ابن رشد واذا تقارر الرجل والمرأة على النكاح ولم يقم على أصله بينة وهما غير طارئين فلا يخلو الامر عن وجهين أحدهما ان تكون المرأة في ملكه وتحت حجابه والثاني ان تكون بائنة عنه منقطعة فاما اذا كانت في ملكه وتحت حجابه فالميراث بينهما قائم والزوجية ثابتة اذا طال كونه معها واشتهر الامر لانه اذا لم يطل ولم يشتهر فوجوده معها يوجب عليهما الادب والاحد ان أقرا بالوطء على الاختلاف في ذلك وكذلك ان لم يعلم منهما اقرار الا كونها في ملكه فهذه وتحت حجابه كالاقرار منهما بالنكاح أو اقوى وأما اذا كانت بائنة منه منقطعة فان شهد فيه بالسماع وطال الامر مدة يبيد الشهود فيها ففي ذلك قولان قيل ان الشهادة في ذلك بالسماع عاملة وقيل لا تجوز وأما اذا لم يمض من المدة ما يبيد فيه الشهود

الصفات مما هو من هذا النوع ليس حكما ولغيره من الحكام لمن لا يقبل ذلك ويعتقد فسقه اذا ثبت سببه عنده ويقبل ذلك المجروح ان ثبت عنده عدالته وكذلك جميع هذه الصفات (النوع الثالث) ثبوت أسباب المطالبات نحو ثبوت مقدار قيمة المتلف في المتلفات واثبات الديون على الغرماء واثبات النفقات للاقارب والزوجات واثبات أجرة المثل في منافع الاعيان ونحوه فان اثبات الحاكم لجميع هذه الاسباب ليس حكما ولغيره من الحكام ان يغير مقدار تلك الاجرة وتلك النفقة وغيرهما من الاسباب المقتضية للمطالبة (النوع الرابع) اثبات الحجج الموجبة لثبوت الاسباب الموجبة للاستحقاق نحو كون الحاكم يثبت عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف وثبوت اقامة البينات ممن أقامها وثبوت الاقرارات من الخصوم ونحو ذلك فان هذه حجج توجب ثبوت أسباب موجبة لاستحقاق مسبباتها ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون حكما بل لغيره أن ينظر في ذلك فيبطل أو لا يبطل بل اذا اطلع فيها على ذلك تعقبه ولا يكون ذلك الاثبات السابق مانعا من تعقب الخلل في تلك الحجج (النوع الخامس) اثبات أسباب الاحكام الشرعية نحو الزوال ورؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجة مما يترتب عليه الصوم ووجوب الفطر أو فعل النسك ونحو ذلك فجميع اثبات ذلك ليس بحكم بل هو كاثبات الصفات وللمالكي أن يصوم في رمضان اذا أثبته الشافعي بواحد لانه ليس بحكم وانما هو اثبات سبب فمن لم يكن ذلك عنده سببا فلا يلزمه أن يرتب عليه حكما (النوع السادس) من تصرفات الحكام الفتاوى في العبادات وغيرها من تحريم الابضاع واباحة الانتفاع وطهارة المياه ونجاسة الاعيان فليس ذلك بحكم بل لمن لا يعتقد ذلك أن يفتي بخلاف ما أفتى به الحاكم والامام الاعظم وكذلك اذا أمر بمعروف أو نهى عن منكر هو يعتقده منكرا أو معروفا فلمن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثل فعلهم الا أن يدعوه الامام للانكار وتكون مخالفته شقاقا فتجب الطاعة لذلك وأما الحاكم فلا يساعد على ما نعتقده نحن خلاف ما هو عليه الا أن يخشى فتنة ينهى الشرع عن المسامحة فيها (النوع السابع) تنفيذات الاحكام الصادرة عن الحاكم فيما تقدم الحكم فيه عن غير المنفذ بان يقول ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا فهذا ليس بحكم من المنفذ البتة وكذلك اذا قال ثبت عندي ان فلانا حكم بكذا فليس حكما من هذا المثبت بل لو اعتقد أن ذلك الحكم على خلاف الاجماع صح منه أن يقول ثبت عندي أنه ثبت عند فلان كذا وكذا الا ان التصرف الفاسد والحرام قد ثبت عند الحاكم ليرتب عليه تأديب ذلك الحاكم أو عزله (تنبيه) كل تسجيل يتضمن ارجاء الحجة لغائب أو صغير أو حاضر بعدت بينته فللقاضي الثاني تعقبه بما يجب بخلاف التسجيلات المطلقة (النوع الثامن) تصرفات الحكام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق الى مستحقيها من الحبس والاطلاق وأخذ الكفلاء الاملياء وأخذ الرهون لذوي الحقوق وتقدير مدة الحبس بالشهور وغير ذلك

وتجوز فيه شهادة السماع فلا اختلاف في ان الميراث لا يكون بينهما ولا يثبت النكاح الا ان تقوم بينة على أصله ﴿فصل﴾ واذا ضاع عقد الصداق وذهب الزوجان الى تجديده فاما ان يكونا بلديين أو غريبين (فان) كانا بلديين (فتكتب لهما) عقد يعرف شهوده فلانا وفلانة بالعين والاسم معرفة تامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها الى ان طلقها منذ كذا طلقة واحدة ثم تراجعا منها واتصلت الزوجية بينهما بغير طلاق وقع بينهما سوى الطلقة المذكورة حتى الآن وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا * فاذا ثبت هذا كتبت في أسفله عقد أشهد فلان الزوج المذكور أعلاه على نفسه قولا بالحق وايثارا له ورغبة فيه ان زوجته فلانة المذكورة فيه ذكرت له ان كتاب صداقها المنعقد بينهما ضاع لها وسألته تجديده فاجابها الى ذلك لما لزمه من القول بالحق والاذعان اليه وأقر بصحة زوجيتهما كما ذكر فيه وانه كان لها في كتاب صداقها من النقد كذا ومن الكالئ كذا مؤخر عنه الى أجل كذا أو حال عليه لحلول أجله ومن الشروط كذا تصفها على حسب ما كانت في كتاب الصداق ثم تقول وبحضرها وموافقتها على ذلك وتصديقها اياه فيما ذكر وانها لم يكن لها فيه غير المسمى وشهد على اشهادهما بما ذكر في كذا فان عرف شهود هذا الرسم أصل الزوجية ضمنتها فيه ولم يحتج الى عقد الاسترعاء المذكور قبل هذا (وان) كانا غريبين فهما مصدقان فيما يدعيانه من الزوجية ويكتب بينهما تجديد الصداق باشهادهما به حسبما تقدم في هذا الرسم وتزيد فيه انهما غريبان ولا يحتاج الى تعيين معرفة أصل الزوجية بينهما ولا الى الاسترعاء المذكور بخلاف البلديين (والمرأة الطارئة) اذا قدمت في الرفقة من بلد بعيد وادعت انها دون زوج وخشيت العنت فان السلطان يزوجها ولا يكلفها البينة على انها لا زوج لها ولكن يسأل عنها صلحاء أهل الرفقة فان استراب

فهذه التصرفات كيفما تقلبت ليست حكما لازما ولغير الاول من الحكام تغيير ذلك وابطاله بالطرق الشرعية على ما تقتضيه المصلحة شرعا ﴿النوع التاسع﴾ التصرفات في أنواع الحجج بان يقول لا أسمع البينة لانك حلفت قبلها مع علمك بها وقدرتك على احضارها فلغيره من الحكام أن يفعل ما تركه وقد تقدم هذا وما معه من الصور التي ليست بحكم ﴿النوع العاشر من التصرفات﴾ تولية النواب في الاحكام ونصب الكتاب والقسام والمترجمين والمقومين وأمناء الحكم للايتام واقامة الحجاب والوزعة ونصب الامناء في أموال الغياب والمجانين فهذا وما أشبهه ليس بحكم في هذه المواطن ولغيره من الحكام نقض ذلك وابداله بالطرق الشرعية لا بمجرد التشهي والغرض ﴿النوع الحادي عشر﴾ اثبات الصفات في الذوات الموجبة للتصرف في الاموال كالترشيد وازالة الحجر عن المفلسين والمجانين والمبذرين ونحو ذلك فليس ذلك بحكم يتعذر نقضه بل لغيره أن ينظر في تلك الاسباب ومتى ظهر له وتحقق عنده ضد ما تحقق عند الاول نقض ذلك وحكم بضده فيطلق من حجر عليه ويحجر على من أطلقه الاول لانه اثبات صفة لا انشاء حكم ﴿النوع الثاني عشر من تصرفات الائمة﴾ الاطلاقات من بيت المال وتقدير مقاديرها في كل عطاء والاطلاقات من الفيء والخمس في الجهاد والاطلاقات من أموال الايتام التي تحت أيدي الحكام على مصالح الايتام والاطلاقات في الارزاق للقضاة والعلماء وأئمة الصلاة والقسام وأرباب البيوت والصلحاء واطلاقات الاقطاعات للاجناد وغيرهم فهذا كله ليس حكما ولغيره اذا رفع اليه أن ينظر بما يراه من الطرق الشرعية ﴿النوع الثالث عشر﴾ اتخاذ الاحمية من الاراضي المشتركة بين عامة المسلمين ترعى فيها ابل الصدقة وغيرها كما فعل عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه فهذا ليس حكما ولغيره بعده أن يبطل ذلك الحمى ويفعل في تلك الارض ما تقتضيه المصلحة الشرعية ﴿النوع الرابع عشر﴾ تأمير الامراء على الجيوش والسرايا ليس بحكم فقد عزم الصحابة رضي الله تعالى عنهم على رد جيش اسامة وكان النبي صلى الله عليه وسلم جهزه وهو مريض فنفذه أبو بكر رضي الله تعالى عنه لما ظهر له أن تنفيذه هو المصلحة لان تنفيذه عقب موت النبي صلى الله عليه وسلم يدل على اجتماع كلمة المسلمين وقوتهم على ما كانوا عليه واهتمامهم بالجيوش والسرايا ولم ينفذه لتعذر نقضه ﴿النوع الخامس عشر﴾ تعيين أحد الخصال في عقوبة المحاربين وذلك التعيين ليس بحكم فلو رفع لغيره ممن يرى التخيير مطلقا قبل التنفيذ ورأى المصلحة تعيين غير ما عينه الاول كان ذلك له لان تعيين الاول ليس حكما شرعيا ﴿النوع السادس عشر﴾ تعيين مقدار من التعزيرات اذا رفع الى غير ذلك الحاكم قبل التنفيذ فرأى خلاف ذلك فله تعيين مقداره وابطال الاول لانه ليس بحكم شرعي بل اجتهاد في سبب هو الجناية فاذا ظهر للثاني انها لا تقتضي ذلك فله الحكم بما يراه وهذا بخلاف تعيين الاسارى للرق ونحوه لانها مسئلة خلاف بين العلماء فقال بعضهم ان الاسارى يقتلون فقط ومذهبنا ومذهب

الشافعي وأبي حنيفة جواز الاسترقاق أوضرب الجزية فاذا اختار أحدهما فهو حكم منه بالذي اختاره وهو انشاء حكم في مختلف فيه وكذلك كل خصلة من الخصال الخمس التي يختار فيها الامام بين الاسر والمن والفداء وضرب الجزية والقتل والاسترقاق فاختياره لخصلة من ذلك انشاء حكم في مختلف فيه بخلاف مقادير التعزيرات ليس فيها خلاف وانما هو بحسب القائل والمقول فيه والقول أو وقع منه فعل فالتعزير بحسب عظمه وحقارته وكذلك اختياره لخصلة من عقوبة المحاربين ان وجد من المحاربين القتل وعين الامام القتل فليس ذلك انشاء حكم في مختلف فيه أما اذا عين الامام القتل في محارب لم يقتل بل عين القتل لعظم رأيه ودهائه وان قتله مصلحة للمسلمين فهذه مسئلة خلاف فالشافعي يمنع قتل المحارب الا اذا قتل ولا يقطعه الا اذا قطع فتصير هذه كمسئلة الاسارى فتتعين خصلة من خصال عقوبة المحارب ويكون على هذا التقدير انشاء حكم في مختلف فيه لا يجوز لغيره نقضه وكذلك تعيين أرض العنوة للبيع أو القسم أو الوقف انشاء حكم في مختلف فيه (النوع السابع عشر) الامر بقتل الجناة وردع الطغاة اذا لم ينفذ ليس هو انشاء حكم في مختلف فيه ولغيره من القضاة اذا اتصل به أن ينظر في تحقيق سببه الا أن تكون المسئلة مختلفا فيها كتارك الصلاة وقتل الزنادقة فانه اذا عين القتل وحكم به كان هذا انشاء حكم في مختلف فيه فليس لغيره نقضه بخلاف قتال البغاة المجمع عليه ونحوه فانه متفق عليه (النوع الثامن عشر) عقد الصلح بين المسلمين والكفار ليس من المختلف فيه بل جوازه عند سببه مجمع عليه لان الصلح انما هو التزام لكفاية الشر حالة الضعف ولغيره بعده أن ينظر هل السبب يقتضي ذلك فيبقيه أولا فينقضه ويبطله (النوع التاسع عشر) عقد الجزية للكفار لا يجوز نقضه لكن ليس لكونه حكما انشائيا كالقضاء بصحة العقود المختلف فيها بل لان الشرع وضع هذا العقد موجبا للاستمرار في حق المعقود له ولذريته الى يوم القيامة الا أن يكون وقع على وجه يقتضي النقض كعقده لاهل دين لا يجوز اقرارهم على ذلك نحو الزنادقة والمرتدين ونحوهم (النوع العشرون) تقرير الخراج على الارضين وما يؤخذ من تجار الحربيين ليس بحكم انما هو ترتيب ما تقتضيه الاسباب الحاضرة فان ظهر لغيره ان السبب على خلاف ما اعتقده الاول فعل غير ذلك وان تبين أن العقد على خلاف الغبطة للمسلمين نقضه كما اذا باع مال اليتيم بالبخس فانه ينقض

(فصل * في بيان ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر اليه وبيان المواضع التي يدخلها الحكم والتي لا يدخلها) والاحكام على أربعة أقسام (القسم الاول) لا بد فيه من حكم الحاكم وهو ما يحتاج الى نظر وتحرير وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسببه وذلك كالطلاق بالاعسار والطلاق بالاضرار والطلاق على المولى لانه يفتقر الى تحقيق الاعسار وهل هو ممن يلزمه الطلاق بعدم النفقة أم لا كما لو تزوجت فقيرا علمت بفقره فانها لا تطلق عليه بالاعسار بالنفقة وكذلك تحقيق حاله وهل هو ممن يرجى له شئ أم لا

شيأ من أمرها تركها لان كانت طارئة على البلد مقيمة فيه فلا يزوجها حتى تأتي بالبينة على انها طارئة وان الا زوج لها والاولى ولا يكون ذلك في غير الطارئة حتى يثبت طلاق زوجها لها أو موته والفرق بينهما ان الطارئة تصدق في الزوجية ولا تصدق المقيمة وكذلك في دعواها الايادون زوج ٧٦ (ويكتب في ذلك) عقد يعرف شهوده فلانة بنت فلان ويعلمون انها طرأت على مدينة كذا وكذا دون زوج واتصلت اقامتها بالموضع المذكور كذلك دون زوج يعلمونه تزوجها حتى الآن ولا يعلمون انها في عصمة زوج ولا ان لها وليا يعقد نكاحها الا القاضي وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا (واذا) نعى الى المرأة زوجها فتزوجت من غير بينة ثم جاء زوجها فانها ترد اليه وان طالت المدة وولدت الاولاد قال أبو عمران ولو ثبت موته عندها برجلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ الا أن يكونا غير عدلين أو لم يثبت ذلك الا بقولها فانه يفسخ وذلك بخلاف امرأة المفقود فانه اذا جاء زوجها وقد تزوجت فان كان لم يدخل بها ردت اليه على المشهور الذي رجع اليه مالك وقيل العقد فوت ولا ترد اليه وكذلك الذي طلق زوجته ثم ردها ولم تعلم بالرجوع فتزوجت فانها لا ترد اليه ان دخل بها الثاني

(ايراد الاب أو الوصي أو الولي بيت بناء المرأة ما يجهزها به من الشوار من نقد أو نحلة أو غير ذلك)

(تعقد في ايراد الاب) أورد فلان بن فلان بيت بناء ابنته فلانة مع متزوجها فلان أسبابا تذكر بعد فن ذلك نحلة بكذا وثوب بكذا تذكر الاسباب بقيمتها فاذا كملت وكذلك ذات انتهت الاسباب وتجمل في قيمتها بتقدير أهل البصر والمعرفة بها كذا وكذا دينارا من سكة كذا يدعي الاب منها كذا وكذا دينارا عما نحلها اياها في كتاب صداقها من شوار ويدعي منها كذا وكذا دينارا من نقده اذا قبضه لها والدها ووضعه

وكذلك تحقيق صورة الاضرار وكذلك يمين المولى ينظر هل هى لعذر اولغير عذر كمن حلف أن لا يطأها وهى مرضع خوفا على ولده فينظر فيما ادعاه فان كان مقصوده الاضرار طلقت عليه وان كان لمصلحة لم تطلق عليه وكذلك التطليق على الغائب وكذلك التطليق على المعترض ونحو هؤلاء ﴿تنبيه﴾ اذا تقرر ان هذه المسائل وما أشبهها لا بد فيها من حكم الحاكم فهل صدور الطلاق فيها صادر عن الحاكم أو عن الزوجة أو بعضه عن الحاكم وبعضه عن الزوجة اختلف فى هذه المسئلة فحكى ابن سهل فيها أن القاضى أبا محمد بن سراج وكان أحد المشاورين بالاندلس أجاب فيها ان الطلاق للرجال الا ما وقع فيه تخيير أو تمليك فذلك بيد المرأة بما جعل الزوج اليها أووضعه بيدها وما سوى ذلك مما فيه حكم الحاكم فالطلاق اليه وأجاب فيها أبو عبد الله بن عتاب بجواب يطول ذكره بحروفه ملخصه ان من قامت فى مغيب زوجها بعدم النفقة ونظر فى أمرها بما يجب النظر للغائب فان القاضى يبيح لها ان تطلق نفسها طلقة يملك الغائب فيها رجعتها ان رجع موسرا فى عدتها ونص على ذلك ابن العطار قال ابن عتاب وهو من العلماء الفقهاء الموثوق بهم ولا مخالف له فيما أعلم والحجة له قائمة من السنة وهو حديث بريرة فقد قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن أملك بنفسك ان شئت أقمت مع زوجك وان شئت فارقتيه ومعنى المسئلة السابقة راجعة الى هذا الاصل ومستنبطة منه فالحاكم يقول للقائمة عنده بعدم النفقة بعد كمال نظره بما يجب ان شئت ان تطلقى نفسك وان شئت التربص عليه فان طلقت اشهدت على ذلك قال ابن عتاب وهذا واضح الا عند من عاند السنة وخالف الائمة ومما يدل على ما قلنا ما وقع فى المدونة قيل لابن القاسم لم جعل مالك خيار الامة تطليقة بائنة قال لان كل فرقة من قبل السلطان فهى تطليقة بائنة عند مالك وان لم يؤخذ عليها مال ألا ترى ان الزوج اذا لم يستطع أن يمس امرأته فضرب له أجل سنة وفرق بينهما انها تطليقة بائنة والمعنى المقصود اليه من هذه المسئلة ان المرأة هى المفارقة واضافه الى السلطان ومثل ذلك بالمعترض عن امرأته فدل ذلك على اتفاقهما فى الحكم ومن هذا المعنى الحر يتزوج الامة على الحرة فلها الخيار ولها ايقاع الطلاق * وجملة القول ان الحق اذا كان للمرأة خالصا فانفاذ الطلاق اليها مع اباحة الحاكم لها ذلك كما جاء فى حديث بريرة ونسبة الطلاق الى القاضى لكونه ينفذه ويحكم به كما يقال فرق السلطان بينهما وكما يقال قطع الامير السارق ورجم وجلد وهو لم يفعل وانما أمر به فما جاء من تفريق السلطان فهو بهذا المعنى ولو أراد السلطان انفاذ الطلاق فيما تقدم وفى العنين وفى الامة تعتق وفى الحر يتزوج الامة على الحرة فقالت المرأة فى هذه الصور كلها انا أقيم ولا أريد الفراق كان ذلك لها وقد روى عن ابن القاسم فى امرأة المعترض تقول لا تطلقونى وأنا أصبر الى أجل آخر قال ذلك لها ثم تطلق نفسها متى شاءت بغير سلطان وكذلك الذى يحلف ليقضين فلانا حقه انه يوقف عن امرأته فاذا جاءت أربعة أشهر قيل

فيما ذكر * وان شط بعد ذلك شئ قلت وشط بعد ذلك كذا وكذا دينارا اسلم فيها الوالد لابنته المذكورة أو استرجع بها من الاسباب كذا ثم تقول ومن عاين الاسباب المذكورة من حيث ذكر ويعرف السداد فى قيمتها المسماة واشهده المورد بما فيه عنه وعرفه فى كذا من حضر الزوج وموافقته ﴿بيان﴾ فيما تضمنته هذه الوثيقة ٧٧ براءة للاب فيما تحصل عنده لابنته أو قبله من نحلة أو نقد أو غير ذلك وكذلك الوصى وغيره فان وجه الاب أو الولى الاسباب بعد ان قومها بحضر الشهود الى دار الزوجين ولم يغب بعد ذلك عليها فذلك براءة له أيضا وان لم يحضرها الشهود حتى دخلت بيت البناء ولا يلتفت بعد ذلك الى دعوى الزوج انها لم تصل الى بيته وهو كما لو ادعى انه أخذها من بيته أو ارسل من أخذها والذى تقدم فى الوثيقة أتم وأبرأ * واذا ادعى الاب بعد البناء انه جهز ابنته بنقدها ولم يظهر ما يكذبه كان القول قوله فى ذلك قال ابن رشد لانه على ذلك قبضه من الزوج والعرف يشهد له ويكون عليه اليمين لحق الزوج ولو ادعى انه جهزها بما لها قبله من ميراث أو نحلة أو غير ذلك لكلف البينة على ذلك ولم يكن القول قوله فى ذلك قرب أو بعد وان أقام الاب ما زاد على النقد من الجهاز وكتب البينة على ابنته دينا فذلك عليها ويأخذه الورثة ان مات اذا كانت قيمة عدل قاله ابن لبابة وغيره * ولا يلزم الاب أن يجهز ابنته بشئ من ماله وكذلك الثيب لا يلزمها ان تتجهز بغير الصداق قال فى كتاب الاستغناء وينبغى للاب ان يسور ابنته من مالها وكذلك الوصى ويشتريان لها كسوة وحليا لان ذلك نظر لها ومما يرغب الناس فيها ولا يجبران على ذلك وكذلك الثيب تؤمر بذلك ولا تجبر * وأما اذا ادعى الاب العارية فيما جهز به ابنته زائدا على النقد كان القول قوله ما لم يطل ذلك بعد البناء وليست السنة فى ذلك بطول قال ابن عبد الغفور وكان

له فئ والاطلقناعليك فتقول امرأته أنا انظره شهرين أو ثلاثة فذلك لها ثم تطلق متى شاءت بغير أمر السلطان وهذه الرواية ظاهرة في ان المرأة تطلق نفسها ولا اعتراض بما في السؤال من قول المرأة لا تطلقوني لانها اجهلت ان ذلك لها ولانه أعقب ذلك بالبيان بانها هي المطلقة وعدا لتأخير فكذلك تكون هي المطلقة في المسئلة السابقة ان احبت ذلك وكذلك لا اعتراض بقوله في مسئلة المولى والاطلقناعليك لان معناه انا نجعل ذلك الى المرأة فتنفذ هي طلاقها ان شاءت وطلاق المولى على قسمين قسم توقعه المرأة وهو في الصورة المتقدمة وقسم يوقعه الحاكم وهو اذا قال لها ان وطئتك فانت طالق ثلاثا ففيها أقوال أحدها انه مول ولا يمكن من وطئها الا ان باقي وطئه بعد التقاء الختانين حرام فاذا رفعته الى الحاكم فان الحاكم ينجز عليه الطلاق قاله ابن القاسم وان لم ترفعه ورضيت بالمقام بلا وطء فلها ذلك قال ابن سهل سمعت أبا مروان بن مالك القرطبي يستحسن ايراد هذه المسئلة من الشيخ ابن عتاب ويقول لو كانت لاحد من المتقدمين لعدت من فضائله قال ابن سهل وفي سماع عيسى عن ابن القاسم فيمن تزوج حرة على انه حر فاذا هو عبد قال لها ان تختار قبل ان ترفع ذلك الى السلطان فما طلقت به نفسها جاز عليه وأما المجذوم فلا خيار لها حتى ترفع ذلك الى السلطان ثم ليس للسلطان ان يفوض اليها أمرها تطلق متى شاءت ولكن على السلطان اذا كرهته وارادت فراقه ان يفرق بينهما بواحدة اذا يئس من برئه وكذلك المجنون الا انه يضرب له أجل سنة كان موسوسا أو يغيب مرة ويفيق أخرى وهذا أوضح المعنى الذي قصده أبو عبد الله بن عتاب من تقسيم الطلاق المحكوم به أن قسما منه توقعه المرأة خاصة دون الحاكم وقسما آخر ينفذه الحاكم اذا طلبته ﴿تنبيه﴾ ولم يذكر ابن عتاب في التقسيم الطلاق الذي يوقعه الحاكم بغير اذن المرأة وان كرهت ايقاعه كزواجها بغير ولي وتزويجها ممن ليس بكفء ونكاحها للفاسق ومن تزوجت مع وجود والدها ولم يستأذنه وليها الذي زوجها على ما فيه من التفصيل وأنواع الانكحة الفاسدة وهو باب يطول تعداده

﴿فصل﴾ ومما يفتقر الى حكم الحاكم تفليس من أحاط الدين بماله وكذا بيع من اعتقه المديان لتعارض حق الله تعالى في العتق وحق الغرماء في المالية وكذلك اذا هرب الجمال وكان الزمان غير معين ولم يفت المقصود فاذا رفع ذلك الى السلطان نظر في ذلك فيفسخه عنه ان كان في الصبر مضرة ولا ينفسخ بغير حكم الحاكم من كتاب قيد المشكل وحل المعطل لابن ياسين ويلحق بذلك الحدود فانها تفتقر الى حكم حاكم وان كانت مقاديرها معلومة لان تفويضها لجميع الناس يؤدي الى الفتن والشحناء والقتل وفساد الانفس والاموال وكذلك اذا حلف ليضربن عبده ضربا مبرحا فعتقه عليه يفتقر لحكم الحاكم لانه لا يدري هل ثم جناية تقتضي مثل هذا الضرب أم لا ويحتاج الى تحقيق كون ذلك الضرب مبرحا بذلك العبد وهل السيد عاص به فيعتق عليه لان الحلف على المعصية يوجب تعجيل العتق

محمد بن عيشون يرى ذلك له الى السابع لا غير وفي الدمياطية انه انما يصدق في ذلك اذا كان له على أصل العارية بينة والا لم يصدق في ذلك قرب أو بعد وا المشهور ما تقدم وعلى المشهور يكون له أخذ ما وجد من ذلك ولا يكون له على الابنة شئ في فوت ما فوتته ان امتهنته ولا على الزوج معها فان قام بعد طول من الزمان لم يكن له ذلك كان الاصل له معروفا أم لا ولا ينفعه اقرار الابنة بذلك وان كان اشهد حين التجهيز ان ذلك منه عارية كان القول قوله وان طال الزمان ويكون له أخذ ما وجد من ذلك ولا ضمان على الابنة فيما تلف من ذلك ولا زوجها كما تقدم وليس ذلك فيما جهزبه بنته الثيب وهو في مالها بمنزلة الاجنبي وكذلك سائر الأولياء مع الابكار بمنزلة الاب مع ابنته الثيب وانما جاز ذلك للاب في البكر خاصة لان مالها في يده قال في سماع أصبغ فان أشهد في الثيب على الشورة انها عارية قبل الدخول ثم قام يطلبها كان له ذلك وان كانت ثيبا وعلى هذا يكون حكم سائر الاولياء كذلك مع الاشهاد وان تلف شئ من ذلك لم يكن عليها شئ الا ان تعلم المالكة لامرها ان ذلك عارية فتضمن ما تلف ﴿فصل﴾ وتعقد في ابراد الوصي أو غيره مثل ما تقدم وذلك براءة له فيما تحصل عنده للزوجة من نقد أو غيره اذا لم تكن مالكة أمر نفسها فان جهز الوصي محجورته بزائد على صداقها مما استقر لها بيده من ميراث أو غلة أو غير ذلك اذا طلب ذلك منه الزوج ذكرت في عقد الابراد ضمان الزوج الطالب لذلك درك الزوجة أو من يقوم عنها في ذلك

وذلك احوط له اذ قد اختلف في ذلك فقيل ليس للوصي ولا لغيره اخراج اليتيمة عن ميراث أبيها أو غيره لثياب تقام عليها وحسبها صداقها وبهذا القول جرى العمل بقرطبة ووقع لابن رشد ان الوصي اذا جهز يتيمته من مالها وأورده بيت بنائها

أوليس

فذلك براءة له من ضمانه وذكر أبو الوليد بن خيرة فى تأليفه ان للوصى ان يجهز اليتيمة من مالها الذى لها بيده م واختلف اذا كان أصلا فباعه وجهزها به على قولين قال وكذلك الاب وذكر ابن المواز فى كتابه انه يباع على اليتيمة من أصولها ما تجهز به لتزويجها على العرف فى التجهيز قال ويجعل أكثر ذلك فى حلى ويسوغ له بيع ما هو من

أو ليس عاصيا فلا يلزمه عتق وهذا بعد وقوعه من السيد وكذلك من اعتق نصف عبده فانه لا يعتق عليه بقية العبد الا بالحكم لتعارض حق الله تعالى فى العتق وحق السيد فى الملك وحق العبد فى تخلص الكسب وقوة الخلاف فيما لتكميل عليه وكذلك تعجيز المكاتب اذا كان له مال ظاهر لا يكون الا بالحكم ولو رضى بتعجيز نفسه هو وسيده لم يكن لهما ذلك وكذلك التطاليق على الغائبين من المفقودين وغيرهم فلا بد فى ذلك من حكم الحاكم وكذلك قسمة الغنائم وان كانت معلومة المقادير وأسباب الاستحقاقات فلا بد فيها من الحاكم ولو فوضت لجميع الناس لدخلهم الطمع واحب كل انسان لنفسه من كرائم الاموال ما يطلبه غيره فكان ذلك يؤدى الى الفتن وكذلك جباية الجزية وأخذ الخراجات من أراضى العنوة لو جعلت الى العامة لفسد الحال فلا بد فيهما من حكم الحاكم وكذلك التعزيرات لانها تفتقر الى تحرير الجناية وحال الجانى والمجنى عليه فلا بد فيهما من الحاكم وكذلك ما جرى هذا المجرى كاستيفاء القصاص وكثير من الاحكام يطول تتبعها

(القسم الثانى) ما لا يحتاج الى حكم حاكم كتحريم المحرمات المتفق عليها كالعصير اذا اشتد والمختلف فيها كتحريم السباع وكذلك وفاء الديون ورد الودائع والمغصوب وأحكام العبادات فالمبادرة بها متعين ولا يفتقر فيها الى حكم الحاكم استقلالا وأما طريق العرض فيدخلها حكم الحاكم وسيأتى بيانه * ومما لا يفتقر فيه لحكم الحاكم اذا هرب الجمال بالابل وكان الكراء لشهر بعينه انفسخ بمضيه من غير افتقار لحكم الحاكم وان كان بغير عينه ولم يفت ما اكتريت له فليرفع الى الحاكم فينظر فان كان لا ضرر على المكترى فى الصبر لم يعجل بالفسخ وان كان فى الصبر مضرة فسخ فان لم يرفع الى الحاكم فهل ينفسخ كالمعين أولا قولان من المذهب فى ضبط قواعد المذهب لابن راشد

(القسم الثالث) ما اختلف فيه هل يفتقر الى حكم أولا * مثال ذلك قبض المغصوب من الغاصب اذا كان المغصوب منه غائبا وكذلك من أعتق شركا له فى عبد هل يفتقر التكميل وعتق باقيه الى حكم حاكم أم لا قال ابن يونس اتفق أصحابنا على انه يعتق بمجرد التقويم من غير حاجة الى حكم الحاكم وقال غيره يفتقر الى الحاكم وكذلك عتق القريب اذا ملكه الحر المسلم المشهور عدم افتقاره للحكم وقيل لا بد فيه من الحكم وكذلك العتق بالمثلة قال مالك رضى الله تعالى عنه لا يعتق الا بالحكم وقال أشهب لا يفتقر وكذلك فسخ البيع بعد تحالف المتبايعين يجرى فيه الخلاف وكذلك فسخ النكاح بعد التحالف فيه الخلاف أيضا وكذلك اليتيم المحجور عليه بوصى من قبل الاب هل يكفى اطلاقه لليتيم من الحجر دون مطالعة الحاكم فى ذلك أولا بد من استئذان الحاكم فى ذلك حتى يكون اطلاق الوصى له باذن الحاكم فيه خلاف وكذلك وقوع الفرقة بين المتلاعنين قال مالك وابن القاسم تقع الفرقة بتمام التحالف دون حكم حاكم وقال ابن حبيب لا تقع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق الامام بينهما وكذلك اذا تزوجت

الارض قليل الفائدة للمحجورة ليجعل فى جهازها وقال به عبد الله بن احمد وذكر انه منصوص فى كتاب جمعه ابن عتاب وقال فيه ان الشيوخ اتفقوا فى اليتيمة تزوج ولها عقار وليس لها ما تشور به ان العقار يباع عليها وتشور بثمنه وافتى به محمد بن فرج وفى كتاب الاستغناء سئل بعض الفقهاء فى يتيمة لها اخوة وام ولا وصى عليها فيريدون ان يقيموا اشوارها فحاسبوها به فيما ترك أبوها فقال أما على قول ابن القاسم اذا كان ميراث أبيهم وأقاموه قيمة عدل وكان الامر لا بد لها منه لزمها فى نصيبها قال وأحسن من ذلك ان يكون برأى السلطان يوكل لها فى ذلك اذا كان برأيها الا انها عندهم على الرشد وبهذا أفتى بعض شيوخ المتأخرين اذا ثبت رضاها ان يمضى عليها قال القاسم بن مسعدة وان فعلوا ذلك بغير رضاها وأمرها رجعت فى ميراثها وأخذوا ما وجد عندها مما أخرجوا لها ولا يحاسبونها بما تلف لانهم عرضوها للتلف قال وهذا القول أعجب الينا من قول ابن القاسم وأشبه بالصواب

(وفى) مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج سئل رجل جهز يتيمة بشوار وكتب عليها خمسة عشر دينارا وأشهد به عليها فقال ان وجد الشاب أخذها ولا يتبع ذمة اليتيمة بشئ كمن عامل سفيها ولو اشهد على ابراد الشاب فى بيت البناء لكان أشبه له فى القيام وفى التحقيق ولا يتبع ذمتها بشئ الا أن يجد الشاب بأعيانها فيأخذها (وفيها أيضا) سئل فى امرأة أودت بيت بناء

الحائضة فهل يسقط حظها من الحضانة بالدخول أو بالحكم بأخذ الولد منها قولان وكذلك اذا قال لزوجته ان لم تحيضي فأنت طالق فانه يحنث على المشهور وعلى المشهور فهل يفتقر الطلاق الى حكم الحاكم أو يقع بمجرد نطقه قولان اختار اللخمي انه لا يقع الا بالحكم وكذلك السلم المختلف في فساده هل يفتقر فسخه الى حكم حاكم أولا واذا قلنا يفتقر فهو كالسلم الصحيح حتى يباشره الحكم بالفسخ وكذلك اختلف اذا هرب الجمال وكان الكراء لقصد أمر له ابان يفوت بفواته كالحج والخروج الى البلاد الشاسعة مع الرفقة العظيمة فجاء الجمال بالجمال بعد فوات الوقت فقيل ينفسخ بفوات ذلك كالزمن المعين وقيل لا ينفسخ لتوقع الحج والسفر في وقت ثان وفي المدونة لا ينفسخ الا في الحج وحده ولا يختلف انه اذا رفعه الى الحاكم ففسخه انه ينفسخ من كتاب تقييد المشكل وكذلك القاضي هل ينعزل بمجرد فسقه أولا حتى يعزله الامام قولان وكذلك المفلس اذا قسم ماله وحلف انه لم يكتم شيأ ووافقه الغرماء على ذلك فهل ينفك عنه الحجر ويكون له التصرف فيما يكون بعد ذلك من المال من غير أن يزيل عنه الحاكم حجر التفليس وهو أكثر نصوصهم واختاره اللخمي أولا ينفك عنه الا بحكم حاكم وهو قول القاضي عبد الوهاب والقاضي أبي الحسن بن القصار وتتبع هذا يخرج عن المقصود

(القسم الرابع) في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنا ملخصا من كلام الامام العلامة سراج الدين عمر البلقيني متع الله تعالى ببقائه وبعضه من كلام أهل المذهب (فالطهارة) لا يدخلها شئ من الحكم بالصحة ولا بالموجب استقلالا لكن يدخلها الحكم بطريق التضمن كتعليق عتق أو طلاق على طهارة ماء أو نجاسة فاذا ثبت عند الحاكم وقوع الطلاق لوجود الصفة فحكم بصحة الطلاق أو بموجب ما صدر من المعلق ووجود صفته كان ذلك متضمنا للحكم بالنجاسة أو بالطهارة (والصلاة) يدخلها الحكم بالتضمن مثل من صلى المكتوبة بوضوء خال عن النية أو مع وجود مس الذكر لاعتقاده صحة الصلاة مع ذلك فاذا حكم حاكم بعدالة من فعل ذلك والحاكم يعتقد صحة ذلك كان حكمه متضمنا صحة وضوئه وعلى هذا قياس الصلاة الخالية عن قراءة الفاتحة أو عن الطمأنينة ونحو ذلك قال الشيخ سراج الدين رحمه الله تعالى ولقد عجبت من قاض حضر عند سلطان ووقع الكلام في صحة اقامة الجمعة في جامع بناه ذلك السلطان فلما تكلموا في الخلاف في ذلك قال القاضي نحكم بصحة اقامة الجمعة فيه وهذا الكلام باطل ولا يتصور أن يدخل ذلك ولا نحوه تحت الحكم استقلالا ولا تضمنا على الاطلاق لكن يدخل بالنسبة الى واقعة خاصة من تعليق الطلاق أو غيره على صحة اقامة الجمعة في هذا المكان فالحكم اذا توجه الى المعلق بما التزمه يتضمن صحة اقامة الجمعة في هذا المكان بالنسبة الى الزام الشخص لا مطلقا (وأما الزكاة) فيدخلها الحكم وذلك مثل ما لو حكم حاكم يرى جواز اخراج القيمة في الزكاة بصحة الاخراج أو بموجب الاخراج عنده وهو سقوط الفرض بذلك كان

الحكم

بنتها أسبابا منها ما ابتاعت لها من نقدها ومنها ما سلفتها ثمنه أو هو مائتا مثقال ومنها على سبيل العارية وأشهدت أنها وهبتها ذلك كله وكانت قد استرعت قبل ذلك انها متى أشهدت لها بالهبة فلا تريد بها وجه الله تعالى وانها راجعة فيها * فأجاب بأن الهبة جائزة ولا يوهنها الاسترعاء (وأجاب) غيره بأن عقد الاسترعاء مؤثر في الهبة ومبطل لها اذا كان متقدما لانها لو شاءت لم تفعل كالحبس بخلاف البيع قال وما فعلته الام الوصية من اسلاف بنتها المائتي مثقال وابتياع الأسباب فليس لها ان تلزم ابنتها اليتيمة دينا في ذمتها في شئ لا حاجة لها به وللابنة رد الثياب التي ألزمتها أمها ويسقط الدين عنها ويبقى لها من الثياب قدر نقدها * وان ذهب الاب أو غيره من الاولياء الى تثقيف ما أبرزه لوليته من الشوار لخوفه عليه أو لغير ذلك فقال ابن رشد ما للاب فله ان يثقف من شوار ابنته ما تستغني عنه اذا خاف عليه عندها وكذلك الوصي وأما غيرهما من الاولياء فان دعا الى ذلك على وجه الحسبة نظر القاضي في ذلك بما يراه من الاجتهاد قال أبو عبد الله بن عتاب وينظر في حال الاب فان كان مأمونا على الثياب له ذمة فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم الى ابنته منها ما تتجمل به لزوجها على التوسط ويشهد الاب بما فضل عنده من ذلك لابنته وان كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم على يد من يراه ممن يرتضيه بالشهادة وبغسله قال ابن جاهر وقد وضعت ثياب بنات بأيدي آبائهن فأكلوها وتعذر الانصاف منهم لقلة ما بأيديهم * واذا ادعت الزوجة أو أبوها ان الزوج أخذ الجهاز أو بعضه وأنكر الزوج ذلك كانت عليه اليمين وله ردها ولا يلزمه أكثر من ذلك الا ان يكون ضمنها في الابراد فان كان ضمنها فهلكت غرمها الا ان تقوم بينة على هلاكها عنده أو يأتي عليه من الزمان ما تخلق في

الحكم بالصحة والموجب فى ذلك سواء وليس للساعى اذا كان ذلك الحكم مخالفا لمذهبه أن يطالب المالك باخراج الواجب عنه سواء حكم بالصحة أو حكم بالموجب (وأما الصوم) فيدخله أيضا وذلك اذا صام الولى الوارث عن الميت وطلب الوصى أن يخرج الطعام فامتنع الوارث منه وترافعا الى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت فحكم بصحته أو بموجبه فليس للوصى أن يخرج الطعام حينئذ ولا أن يطالب الوارث بذلك بخلاف ماقبل الحكم (وأما الاعتكاف) فيدخله استقلالا وتضمنا أما الاستقلال ففى مسائل (منها) انه يقضى للمكاتب على سيده بالاعتكاف اليسير (ومنها) من اعتكفت بغير اذن زوجها فله منعها وكذلك العبد وكذا لو اعتكف المديان هروبا من اداء الحق فان الحاكم يرى فيه رأيه (ومنها) اذا وطئ المعتكف أدبه الحاكم وأما التضمن فكما تقدم فى الطهارة والصلاة (وأما الحج) فانه لو فسخ حنبلى حجه الى عمرة حيث يسوغ عنده وله زوجة ليس معتقدها ذلك فامتنعت من تمكينه بعد التحلل فارتفعا الى حاكم حنبلى فحكم عليها بصحة مافعل زوجها الحنبلى أو حكم بموجب ذلك عنده فهما مستويان ولو حكم عليها بالتمكين كان متضمنا للحكم بصحة مافعله الزوج وهو نفس الموجب (وأما الاضحية) فهى عبادة لا يدخلها الحكم استقلالا وقد يدخلها بطريق التضمن فى التعليق كما تقدم (وأما الصيد) فيدخله الحكم استقلالا فاذا تنازع اثنان فى صيد وترافعا الى الحاكم وتصادقا على فعلين صدرا منهما على الترتيب مثلا أو قامت البينة على ذلك وكان مقتضى مذهب الحاكم انه للاول أو للثانى فحكم له بأنه المالك كان ذلك حكما مستقلا صحيحا وانما دخل الحكم فى ذلك لانه يفضى الى الملك وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم (وأما الذبائح) فيدخلها الحكم من جهة التقصير المقتضى للتغريم وكذلك دفع الاجرة لو قامت البينة انه ذبح صحيح فانه يحكم له باستحقاق الاجرة وكذا لو باع صاحب الذبيحة الذبيحة لشخص ثم ارتفعا الى حاكم وادعى المشترى انها حرام لامر ادعاه أو ظهر للحاكم ذلك باقرار أو بينة فحكم على البائع برد الثمن كان ذلك حكما بتحريم الذبيحة وكذا اذا ثبت التقصير فى الذبح وحكم بالغرم كان ذلك متضمنا للحكم بحرمة الذبيحة (وأما الاطعمة) فيدخلها الحكم استقلالا * مثاله اذا نزلت برجل مخمصة فوجد مع رجل طعاما فامتنع من اطعامه ومن مواساته فان له أن يقاتله فان مات الجائع وجب القصاص وان أخذه الجائع قهرا فعليه قيمته (وأما الايمان) فيدخلها الحكم استقلالا كمن حلف بطلاق امرأته ليجلدنها مائة سوط فان الحاكم يمنعه من ذلك ويطلقها عليه وغير ذلك كثير (وأما الجهاد) فيدخله استقلالا فى أكثر مسائله وهو واضح لا يحتاج الى تمثيل (وأما النكاح وتوابعه) فدخول الحكم بالصحة والموجب فيها واضح * وكذا سائر المعاملات من البيع والقرض والرهن والاجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية والوديعة والحبس والوكالة والحوالة والحمالة والضمان وغير ذلك من أبواب المعاملات كلها يدخلها الحكم بالصحة

مثله فيحلف ويبرأ (وسئل ابن رشد) عن الزوج اذا ضمن شوار زوجته ثم ادعى تلفه أو قامت له بينة على تلفها (فقال) ان كان ضمنه مخافة التلف عليها حيث تلفت فهو لها ضامن قامت له بينة على تلفها أم لا وان كان سبب ضمانه انه اتهم على الغيبة عليها ولم يؤتمن فى ذلك فلا ضمان عليه فيها اذا اقامت له بينة على تلفها ومن حق الزوج ان تجهز المرأة اليه بجميع النقد على المشهور من مذهب مالك رضى الله تعالى عنه وحكى ابن لبابة انها تمسك منه ربع دينار لاستباحة بضعها وانكر ذلك عليه بعض الشيوخ ويجب ان تصرفه فيما يصلح مما تحتاج اليه فى بيتها مع زوجها من المتاع والفرش والوسائد وما لاغنى لها عنه من عطر وزينة وغير ذلك مما جرى العرف ان تجهز به الى زوجها وان كان فيه مما تحتاج منه خادما فعلت وتقدم فى ذلك الاوكد فان جعلت جميعه فى طيب ثم تطالبه بالكسوة للباسها ورقادها من ذلك اليوم لم يكن لها ذلك وكذلك ليس لها ولا لابيها ان يبتاع لها به خادما اذا لم تكن لها ثياب تمتهنها وله ذلك ان كان لها مايتوطأ به من الفراش والمرفقة واللحاف فان فضل شئ ففراش يجلان عليه ونحو ذلك وان لم يفضل شئ فعلى الزوج ان يبتاع مايفترشانه ويتوطآنه ويلتحفانه ويرقدان عليه وان ذلك يلزمه لها وعلى الاب ان يجهزها بكسوة بذلتها سواء كانت قبل النكاح أو بعده وليس له اخراجها عريانة كالخادم اذا بيعت فان كانت خلقة كان على الزوج ان يكسوها الا ان كسوتها عليه وليس عليها ان تشترى من جهازها كسوة تبتذلها وليس يلزم الاب شئ لها الا ان يجب سواء كان من ماله أو من مالها * وكذلك الثيب لا يلزمها ان تجهز بغير الصداق فان كان معها كسوة من جهازها أو هدية اشترطت عليه أو كانت عندهم معروفة كالشرط لم

والحكم بالموجب فلا نطوّل بالتمثيل والحمد لله وحده

{فصل فى الفرق بين ألفاظ الحكم المتداولة فى التسجيلات} وهى مراتب فى القوّة والضعف فأعلاها التسجيل بثبوته والحكم بصحته أعنى بصحة ذلك العقد وقفا كان أو بيعا أو غيرهما قال الامام العلامة الشيخ سراج الدين عمر البلقينى الشافعى فسح الله فى مدّته الحكم بالصحة عبارة عن قضاء من له ذلك فى أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها ان ذلك الامر صدر من أهله فى محله على الوجه المعتبر عنده فى ذلك شرعا فقولنا عن قضاء يخرج الثبوت فليس بحكم على الاصح وسيأتى الكلام عليه وقولنا من له ذلك يدخل فيه الامام ونوّابه الذين لهم ذلك والذى لم يبلغه خبر العزل وحاكم أهل البغى اذا لم يستحل دماء أهل العدل والكافر حاكم الكفرة اذا حكم بينهم والمحكم وقولنا قابل لقضائه يخرج به ما لم يقبل القضاء من عبادة مجرّدة وما لم يكن فيه الزام كالحكم على المعسر وينجر ذلك الى الحكم بالدين المؤجل والتدبير والاستيلاد وما قبل القضاء ولكن لا يقبل الالزام وقولنا ثبت عنده وجوده يعم الثبوت بالبينة الكاملة وبالشاهد واليمين وبالاقرار وبعلم القاضى عند الشافعى والحنفى وباليمين المردودة بعد النكول عند المالكية وعند الشافعية أو ما يتنزل منزلة ذلك مما سيأتى ذكره ان شاء الله تعالى ويفهم من قولنا وجوده ان العدم لا يتوجه الحكم اليه وقولنا بشرائطه الممكن ثبوتها يفهم منه ان جميع الشروط لا يعتبر ان تثبت فى الحكم بالصحة وان كان من جملة الشروط فى البيع مثلا أن يكون المبيع مقدورا على تسليمه عند المالكية والشافعية فلا يصح بيع المرهون ويقف على اجازة المرتهن ولا يصح بيع المكاتب والجانى جناية توجب ارشا متعلقا برقبته ولا يصح وقف شئ من ذلك ولا هبته ولا يكلف أحد انتفاء ذلك فى الحكم بصحة البيع ولا فى الحكم بموجبه لان اثبات انتفاء غير المحصور متعذر وانما طلب ذلك فى أن لا وارث للميت سوى القائم من أجل ظهور استحقاق من شهد له بذلك وهو الوارث لان هذه موانع والاصل عدمها والذى يعتمد غالبا فى التسجيلات بالحكم بالصحة فى الوقف ونحوه اثبات الملك والحيازة عند المالكية والشافعية واكتفوا بشهرة بلوغ من صدر ذلك منه ورشده {فان قيل} فانا نرى الحكام فى عقود الانكحة يطلبون الشهادة بخلوّ الزوجة من موانع النكاح من زوج وعدّة ونحوهما فهلا طلبوا الشهادة على خلوّ المبيع من رهن وجناية ونحوهما {قلنا} سببه الاحتياط فى الابضاع وأيضا فان التزويج لو وقع كان مشتهرا غالبا فطلبنا الشهادة بعدمه لامكان الاطلاع عليه بخلاف الرهن ونحوه وقولنا ان ذلك صدر من أهله فى محله هذا هو محط الحكم بالصحة انتهى ما ذكره الشيخ سراج الدين فى الحدود وذكرت فيه شيأ من مسائلنا قال الشيخ تقى الدين السبكى فى شرح المنهاج فى باب الوقف ما ملخصه ان الحكم اذا تقرر بالصحة أعلا درجات الحكم فمن شرط هذا الحكم ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته

يلزم الزوج كسوة حتى تخلق وحينئذ يقضى بها عليه {وسئل} بعض الفقهاء عن رجل تزوج امرأة فدفع اليها نقدها وهديتها فلما دخل بها وبقيت معه شهرا أو أكثر من ذلك طلبت منه كسوة وقد كان ابتاع لها محشو لحم فى هديتها هل يجب عليه كسوة قبل تمام العام أو تبتذل محشو الهدية {فقال} ان كان الصداق واسعا فلا كسوة لها عليه فى خلال العام وان كان ضيقا فعليه الكسوة وليس عليها ان تبتذل الهدية الا من حقها ولها ان تتجهز له بالهدية بعد وقت (وأما) الكالئ اذا حل أجله قبل الدخول فللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه وهل يلزمها ان تتجهز به أم لا كالنقد فى ذلك قولان أحدهما أنه يلزمها ان تتجهز به والثانى أنه لا يلزمها ان تتجهز به قال ابن فتحون وهو مشهور مذهب مالك رضى الله تعالى عنه

{وضع المرأة والدها كالئها على شرط أو غير شرط}

(يعقد فى وضع المرأة كالئها) عقد أشهدت فلانة على نفسها انها للذى وليته من حسن صحبة زوجها فلان لها وجميل عشرتها معه وضعت كالئها المكلأ لها عليه فى كتاب صداقها وهو كذا واسقطته عنه طائعة بذلك متبرعة وقبل ذلك منها زوجها المذكور وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا (وان) كان على شرط (فيكتب فى ذلك) عقد أشهدت فلانة على نفسها انها وضعت عن زوجها فلان كالئها المكلأ عليه لها فى كتاب صداقها وهو كذا على ان لا يتزوج عليها أولا يرحلها من موضع كذا وانه ان فعل شيأ من ذلك فهى مرتجعة فيما وضعت عنه من وصحة ذلك وقبل ذلك منها على الشرط المذكور وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا {بيان} ان سقط من العقد بل من عقد الوضع قبول الزوج له وبقى حتى ماتت المرأة سقط حكم العقد وصار الكالئ موروثا عن الزوجة وأخذ من الزوج فى رواية ابن القاسم

وصحة صيغته فى مذهب القاضى يريد ان كان شافعيا وصحة الصيغة عند المالكية انما تشترط فى مواضع معدودة كلفظ ساقيتك فى باب المساقاة والحوالة والصيغة المعتبرة فى عقد النكاح والوصية والصيغة فى باب الاقرار والوكالة والحبس والقراض قال ابن عبد السلام القراض لا ينعقد بكل لفظ بل بلفظ القراض أو غيره من الالفاظ التى تذكرها الفقهاء ففى هذه المواضع وما أشبهها تعتبر صحة الصيغة أوما يقوم مقامها فاذا وقع الحكم بالصحة وصرح بصحة ذلك التصرف أعنى ماتقدم فى أول الفصل فى قوله أعنى بصحة ذلك العقد وقفا كان أو بيعا فلا سبيل الى نقضه باجتهاد مثله اذا كان فى محل مختلف فيه اختلافا قريبا الا ينقض فيه قضاء القاضى ولم يتبين بناؤه على سبب باطل وقد يعرض لهذه اللفظة أعنى الحكم بالصحة الفساد من جهة تبين عدم الملك أو شرط آخر فلا ينافى ذلك ما قصده فاذا تبين بطلان الحكم لفوات محله نقضه ذلك القاضى نفسه أو غيره لان الخلل الذى ظهر تبين انه فى محل الحكم لا فى الحكم ﴿ومن﴾ الالفاظ المتعارفة فى التسجيل ليسجل بثبوته وصحته قال الشيخ تقى الدين كثيرا ماتكتب هذه اللفظة فى التسجيلات فيحتمل عود الضمير فى صحته على الثبوت فيراجع فيه الحاكم ولا يكون صريحا فان عسرت المراجعة فهو محمول على الحكم بصحة التصرف كما لو صرح به لانه كالمتعارف ومعنى صحته كونه بحيث تترتب آثاره عليه ومعنى حكم القاضى بذلك الزامه لكل أحد فاذا كان فى محل مختلف فيه فنفوذه صار فى حكم الظاهر كالمجمع عليه ومن شرط هذا الحكم ثبوت الملك والحيازة وأهلية التصرف كما تقدم فى اللفظ الاول وصحة الصيغة على ماتقدم بيانه فكل ما كان مختلفا فيه وعرفه القاضى وحكم به مع علمه بالخلاف ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة الى تلك الواقعة فهى صحيحة مطلقة فى نفس الامر بحسب ماذكرناه من رفع الخلاف وقد يعرض لهذا الفساد كما تقدم ﴿ومن ألفاظ الحكم﴾ ليسجل بثبوته والحكم بموجبه وهى من الالفاظ المتعارفة التى غلبت فى هذا الزمان وهذه اللفظة أحط رتبة من الحكم بالصحة قال الشيخ تقى الدين السبكى الحكم بالصحة يستدعى ثلاثة أشياء أهلية التصرف وصحة صيغته وكون تصرفه فى محله ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة والحكم بالموجب يستدعى شيئين وهما أهلية التصرف وصحة صيغته فيحكم بموجبها وهو مقتضاها ومعناه انه ان كان مالكا صح الحكم لان مقتضاها وموجبها ذلك وكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص فلا يتطرق اليه نقض من ذلك الوجه قال وكذلك أقول ليس لحاكم آخر يرى خلاف ذلك نقضه ولا ينقض الا أن يتبين عدم الملك فيكون نقضه كنقض الحكم بالصحة ﴿تنبيه﴾ وانما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك لانه قد يعسر اثبات الملك قال ولم نجد هذه اللفظة وهى الحكم بالموجب فى شئ من كتب المذاهب الا فى كتب أصحابنا وقد تعرض الشيخ العلامة سراج الدين البلقينى لبيان حد هذه اللفظة فقال ما ملخصه الحكم بالموجب هو قضاء المتولى بأمر ثبت عنده بالالزام بما يترتب على ذلك الامر خاصا أو عاما

اذهى هبة لم تقبض وقال أشهب ذلك جائز ماض وكونه فى يده احوز الحوز وكذلك مازاده الزوج لزوجه فى صداقها بعد العقد تأخذه به فى حياته على حكم الصداق فان طلقها قبل البناء فلها نصفه وان مات لم تأخذ منه بعد الموت شيأ لانها هبة لم تقبض ولها أن تأخذ بعض الكالئ وتسقط بعضه اذا حل أجله وان لم يحل فلا يجوز ذلك الا أن يصالحها فيه بعرض واذا كان الوضع على شرط ففعل الزوج ماشرطت عليه رجعت فيما وضعت عنه من الكالئ وللاب ان يضع من صداق ابنته على وجه النظر لها وروى ابن وهب انه ليس له ان يضع من ذلك شيأ الا عند الطلاق وليس له وضع الصداق بجملته الا عند الطلاق على المشهور المعلوم وقيل له ان يضعه بجملته بعد البناء وان كرهت الزوجة اذا كان على وجه النظر لها وأما الوصى فلا يجوز له ان يضع من ذلك شيأ قليلا ولا كثيرا وقد روى عن ابن القاسم انه يجوز له وضع البعض على وجه النظر واذا طلقها وكانت قد وضعت عنه فأثبتت انه كان يضر بها فلا رجوع لها عليه الا ان يكون وضعها لذلك حين الطلاق أو تكون استرعت عليه فيما وضعته ﴿وسئل﴾ الفقهاء بقرطبة فى امرأة سلفت زوجها سلفا الى أعوام ثم طلقها قبل مضى المدة فزعمت انها انما سلفته وأنظرته استدامة لعصمتها معه وحسن صحبته ﴿فافتى﴾ ابن عتاب وابن مالك انها تأخذه بذلك حالا مع يمينها وخالفهما ابن العطار وقال يبقى الى بلوغ أمده ذكر ذلك ابن سهل ﴿فصل﴾ وتعقد فى قبض المرأة كالئها أو والدها عقد قبضت فلانة من زوجها فلان وقبض فلان لابنته فلانة الكائنة فى حجره من زوجها فلان كالئها كذا رصا او بيدها وأبرأته منه وأشهد بذلك فى كذا (وتعقد فى قبض النقد) قبض فلان لابنته فلانة الكائنة فى حجره من زوجها فلان نقدها المسمى فى كتاب صداقها ومبلغه كذا وصار بيده

على الوجه المعتبر عنده فى ذلك شرعا فذكر القضاء يخرج به الثبوت فانه ليس بحكم على الاصح كما سيأتى ان شاء الله تعالى ويفهم من قوله المتولى الامام ونوابه الذين لهم ذلك على ما تقدم بيانه فى حد الحكم بالصحة ويجرى فى قوله ثبت عنده ما تقدم فى حد الصحة فى معنى ذلك وقوله بالالزام الخ يعنى بالالزام بذلك الامر الذى ثبت عنده وهو صدور الصيغة فى ذلك فالحكم يتوجه الى الالزام بذلك الشئ الخاص لا مطلقا كما تقدم بيانه فى كلام الشيخ تقى الدين * ومن ههنا يظهر بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب فروق (الاول) أن الحكم بالصحة منصب الى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما والحكم بالموجب منصب الى ثبوت صدور ذلك الشئ والحكم على من صدر عنه بموجب ما صدر منه ولا يستدعى ثبوت انه مالك مثلا الى حين البيع أو الوقف ولا بقية ما تقدم فيما يعتبر فى الحكم بالصحة وهذا بالنسبة الى البائع أو الواقف اذا حكم عليه القاضى بموجب ما صدر منه وهذا غير سالم من الاعتراض وسيأتى ما يرد عليه (الثانى) ان العقد الصادر اذا كان صحيحا باتفاق ووقع الخلاف فى موجبه فالحكم بالصحة فيه لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذى حكم بالصحة ولو حكم فيه الاول بالموجب امتنع العمل بموجبه عند الحاكم الثانى * مثال ذلك التدبير صحيح باتفاق وموجبه اذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع فلو حكم حنفى بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر ولو حكم الحنفى بموجب التدبير امتنع البيع الا عند من يرى نقض الحكم المذكور لمخالفته السنة الصحيحة وهذا النقض حينئذ لمدرك آخر (الثالث) ان كل دعوى كان المطلوب فيها الزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت به عليه البينة فان الحكم حينئذ فيها بالالزام هو الحكم بالموجب ولا يكون بالصحة ولكن يتضمن الحكم بالموجب الحكم بصحة الاقرار ونحوه (الرابع) أن الحكم على الزانى بموجب زناه وعلى السارق بموجب سرقته يدخله الحكم بالموجب ولا يدخله الحكم بالصحة وكذلك الحكم بحبس المديان حكم بالموجب ولا يدخله الحكم بصحة الحبس الا اذا كان مختلفا فيه وطلب فيه الحكم بالصحة بطريقه فانه يحكم حينئذ بالصحة ويكون الحكم بالموجب والحال ما ذكر متضمنا للحكم بصحة الحبس المختلف فيه وهذا ضابط ينبغى التنبه له (الخامس) ان الحكم بتنفيذ الحكم المختلف فيه يكون بالصحة عند الموافق وكذا عند المخالف الذى يجيز التنفيذ فى المختلف فيه فالحكم بموجب الحكم المختلف فيه يكون حكما بالالزام بالحكم المختلف فيه فيكون حكما بالالزام بذلك الشئ المحكوم به فيجوز ذلك من الموافق ولا يجوز من المخالف لانه ابتداء حكم بذلك الشئ من غير تعرض للحكم الاول فى هذا الحكم الثانى وذلك لا يجوز عند المخالف (تنبيه) قوله لانه ابتداء حكم مخالف لما قاله القرافى لان التنفيذ عنده ليس هو انشاء حكم الا ان ينشئ فيه حكما وسيأتى ما ذكر فى ذلك (السادس) لو ترافع المتبايعان الى حاكم شافعى أو مالكى وتنازعا على وجه يقتضى التحالف

لتجهيزه انه اليه وابرأ منه واشهد بذلك فى كذا (بيان) فى قبض المرأة الثيب المالكة أمر نفسها الصداق ابراءة للزوج وكذلك ان كانت بكرا يتيمة قد بلغت حد التعنيس وهو خمسة وثلاثون عاما فما فوقها وان كانت غير معنس فلا يبرأ الزوج بدفع النقد لها اذا كان عينا وكان سحنون يجيز فعلها فى ذلك فان كان المقبوض النقد وادعت هذه المالكة لامر نفسها تلفه فانها تحلف انه ضاع ولا يكون عليها أن تعوض منه جهازا وقال عبد الملك عليها ان تخلف من مالها ما تجهز به عوضه * وأما الاب فى ابنته البكر فقبضه أيضا براءة للزوج فى قول ابن القاسم وقال أشهب وابن وهب لا يبرأ الزوج الا بمعاينة الدفع ووصى الاب ومقدم القاضى فى ذلك مثله فان ادعى تلفه فلا يلزم الزوج غرمه ثانية على قول ابن القاسم ويلزمه على قول غيره وان ادعى الاب أو غيره انه دفعه لابنته عينا فعليه غرمه فان كان الاب مريضا فلا يصدق فى القبض الا بمعاينة القبض فى قول ابن القاسم وغيره وقال ابن رشد ان اقر بالقبض بعد العقد وهو مريض جاز ان كان الزوج موسرا ولم يجز ان كان عديما وان كان القبض فى حين العقد ففيه اختلاف * وأما الوكيل فلا يبرأ الزوج بقبضه للصداق منه الا بمعاينة الدفع باتفاق فان لم تكن معاينة وادعى الوكيل تلف ما قبضه فعلى الزوج غرمه ولا يكون له رجوع على الوكيل قال ابن رشد ولا خلاف فى هذا الا ان يدخل فى ذلك الاختلاف من المسئلة الاولى التى فى المدونة وأما ان دفع الى وليها الذى ليس بوكيل ولا وصى فان ضمنه له فعليه غرمه وان لم يضمنه وادعى بعد ذلك تلفه فعلى الزوج غرمه ثانية سواء قبضه ببينة أو بغير بينة وهل يرجع بذلك على الولى أم لا فى ذلك قولان أحدهما انه يرجع عليه ويضمنه اياه لانه قبض ما لا يجوز له قبضه والثانى انه فحكم

فحكم بتخالفهما كان ذلك منه حكماً بالالزام لا بصحة التخالف فالتخالف قبل وقوعه لا يحكم بصحته وكذا كل يمين والزام فيما لم يقع فانه لا يحكم فيه الا بالالزام وهو موجب الحجة القائمة ولا يحكم فيه بالصحة (السابع) لو حكم حنفي بموجب البيع بعد ثبوت ملك البائع وانه من أهل التصرف لم يكن ذلك حكماً بصحة البيع ولكن يكون بعد قبض المشتري حكماً له بالملك لان موجب البيع الفاسد عنده بعد القبض حصول الملك على ما هو مقرر عند الحنفية وعند المالكية موجب البيع الفاسد بعد الفوات حصول الملك على ما هو مقرر فيما يفوت به البيع وعلى هذا فلو عرف الحاكم فساد البيع وحصول قبض المشتري أو فساد البيع وفوات المبيع بيده وطلب المشتري من القاضي الحكم بالملك أو بموجب ما جرى فانه يحكم له بذلك أعني بالموجب ولا يحكم له بالصحة أعني صحة البيع ولا بصحة القبض لانه لم يقع في الاصل قبضاً صحيحاً ﴿الثامن﴾ يتصور الفرق بينهما في بعض صور القبض عند الشافعية وفي قبض اختلف في صحته وفساده كما اذا أذن البائع للمشتري أن يكيل لنفسه ما اشتراه مكيلا ففعل فان في صحة القبض وجهين عند الشافعية أصحهما انه لا يصح وعند المالكية يصح قال الشيخ سراج الدين البلقيني فلو اشترى قمحاً مثلا وشرط فيه الكيل وكان البائع قد اشتراه مكيلا وهو في مكيال البائع فهل يغني ذلك عن التجديد فيه وجهان رجح جمع من الاصحاب انه يكتفى به وظاهر نص الشافعي عدم الاكتفاء حتى يجري فيه الصاعان ومذهب مالك جواز ذلك ذكره اللخمي في التبصرة في السلم الثاني فاذا فرعنا على مذهب الشافعي وارتفعت قضية من هاتين أعني هذه المسئلة والتي قبلها الحاكم شافعي مثلا فحكم بصحة تصرف المشتري التصرف الذي لا يصح العقد الا بعد صحة القبض فان ذلك يتضمن الحكم بصحة القبض ولو حكم بصحة القبض بطريقه صح ولو حكم بموجب القبض ولم يتعرض لمعتقده في القبض المذكور لم يكن الحكم مفيداً لصحة القبض على مذهب الشافعي خلافاً للمالكية قال الا أن يبين الحاكم عقيدته في القبض ويقول حكمت بموجب القبض في ذلك على معتقدي فلو كان معتقد الحاكم ان القبض ليس بصحيح ومعتقده انه يستقر به عقد البيع كما جزم به الامام وغيره وهو أحد الوجهين كان الحكم بموجب القبض حينئذ مقتضاه استقرار البيع بهذا القبض ﴿التاسع﴾ أن الحكم بالموجب يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة (فمنها) الحكم بالزامه بمجرد العقد اذا صدر الحكم بذلك وبيانه ان المالكي والحنفي اذا حكما بصحة البيع أعني بمجرد عقد البيع لم يمنع ذلك اثبات خيار المجلس ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما بسبب ذلك الحكم لان الحكم بالصحة يجامع ذلك فأما لو حكم المالكي أو الحنفي بموجب البيع والالزام بمقتضاه فانه يمتنع على الحاكم الشافعي تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ بخيار المجلس وليس للمتعاقدين ولا لأحدهما الانفراد بذلك لان ذلك يؤدي الى نقض حكم الحاكم في المحل الذي

يرجع عليه قال سحنون ولا أدري بأي وجه يضمن لانه ان كان قبضه على وجه الرسالة فلا يضمن وان كان على وجه الاقتضاء فليس بوكيل على القبض فلا يضمن واذا انعقد قبض الصداق على الأب أو الوصي دون معاينة ثم ادعى بعد ذلك انه لم يقبض شيأ وقال ظننت به الخير فاشهدت بالقبض مسامحة فافتى ابن لبابة بأن اليمين تجب على الزوج لقد قضاه وقال غيره لا يمين عليه والا لم يكن للاشهاد فائدة وفي أحكام ابن سهل من أجوبة بعض الشيوخ التفرقة بين ان يكون ذلك بحرارة العقد فتجب اليمين أو لا يكون بحرارة العقد فلا تجب اليمين

﴿الطلاق وما يتصل به﴾

الطلاق السني هو الواقع على الوجه الذي ندب الشرع اليه وشروطه ان يكون واحدة رجعية في طهر لم يمسها فيه ولا يردفها بطلقة أخرى وقيل اذا طلقها في كل طهر مرة قبل ان يمسها من غير رجعة فهو من طلاق السنة ولا بدعة في الصغيرة واليائسة (وينعقد في ذلك) عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة سنية في طهر لم يمسها فيه وهو املك برجعتها ما لم تنقض عدتها وأشهد بذلك من عرفه في الصحة والجواز في تاريخ كذا ﴿فصل﴾ فاذا انعقد شيء من الشروط المتقدمة فليس بسني وذلك أربعة أنواع رجعي وعلى غير شيء وثلاث وخلعي (فاما الرجعي) فتكتب فيه عقد طلق فلان زوجته فلانة بعد البناء بها طلقة

واحدة رجعية ملك بها رجعتها ما لم تنقض عدتها واشهد بذلك في الصحة والجواز من عرفه في كذا ويلزم الرجل في هذا الطلاق الرجعي والسني النفقة والكسوة للزوجة طول العدة وان مات أحدهما ورثه الآخر وله مراجعتها فيها دون اذنها ما لم تنقض عدتها فان أوقع الزوج هذا الطلاق الرجعي في طهر مسها فيه فهو مكروه وليس

ممنوع [illegible] في حال حيض أو نفاس فهو ممنوع ويجبره السلطان على الرجعة فان أبى حكم عليه بها (ويكتب في ذلك) عقد اشهد القاضي بموضع كذا فلان ان فلانا قد اوقع على زوجه فلانة طلقة واحدة رجعية وهي بحال حيض وثبت ذلك عنده فأمره بارتجاعها فأبى من ذلك وامتنع فحكم عليه القاضي بذلك وقضى عليه بلزوم الطلاق له والرجعة بعد ان ثبتت ابايته لديه كما يجب وانعقد ذلك على واجب السنة وشهد على القاضي بما فيه عنه في كذا * فان أنكر الزوج انه طلقها في حال حيض وادعى الطهر واكذبته في ذلك فروى أصبغ عن ابن القاسم أن القول قوله وروى ابن سحنون عن أبيه ان القول قولها ولا ينظر اليها النساء قال ابن المواز فان كانت طاهرا حين ارتفعا الى الامام فيكون القول قوله لا قولها وذكر ابن فتحون ان ابن يونس حكى عن بعض الشيوخ انه قال ينظر اليها النساء كالعيوب ولا يجبر على الرجعة في البائنة وان كان قبل الدخول فهل يجوز له ايقاع الطلاق في حال الحيض أم لا في ذلك قولان (وان) كان الطلاق بعد ان خلا بها دون مسيس (فتكتب في ذلك) عقد طلق فلان زوجه فلانة طلقة واحدة بعد زيارته لها وخلوته بها من غير مسيس بموافقتهما واقرارهما بذلك واشهدا بذلك في كذا وعلى الزوجة العدة في هذا الطلاق لخلوته معها ولا رجعة له عليها لاتفاقهما على عدم الوطء وكذلك ان كان الطلاق بعد البناء وانكرت الزوجة الوطء وادعاه الزوج فليس له عليها الرجعة وعليها العدة لاقرارهما بالخلوة (ويكتب) في الطلاق قبل البناء بينه وقبل المسيس عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد بنائه بها ودخوله معها طلقة واحدة دون مسيس باقرارهما بذلك واتفاقهما على عدم الوطء الى حين الطلاق وشهد بذلك عليهما في كذا قال ابن رشد في كتاب البيان فان ظهر بها بعد ذلك حمل فادعت

حكم به وهو الايجاب وهذا اذا لم ينظر الى نقض القضاء بنفي خيار المجلس فان نظرنا الى ذلك فذلك لمدرك آخر (ومنها) القرض فانه يدخله الحكم بالصحة اذا وجد مقتضيها ويدخله الحكم بالموجب فينظر فيه حينئذ الى عقيدة الحاكم في حكمه بالموجب فان كان من عقيدته ان القرض يملك بالقبض كما تقوله المالكية فانه لا يرجع المقرض فيما أقرضه فان كان الحاكم قد حكم بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع في القرض عند حاكم يرى الرجوع فيه اذ هو قرض صحيح ويصح الرجوع فيه فلا ينافيه الحكم بالصحة القيام بالرجوع في القرض وان حكم بالموجب والالزام بمقتضى مذهبه امتنع على المقرض الرجوع في العين المقرضة الباقية عند المقترض لان موجب القرض عند الحاكم المذكور امتناع الرجوع (ومنها) الرهن فانه يدخله الحكم بالصحة والحكم بالموجب والحكم فيه بالصحة لا يمنع المخالف في الآثار من العمل بأثره على عقيدته فانه لا يناقض شيأ من الحكم بالصحة كما تقدم في المسئلة الاولى وان صدر فيه الحكم بالموجب والالزام بمقتضاه نظر الى المختلف فيه فان كان من موجبه عند الحاكم المذكور الالزام امتنع على المخالف العمل بما يخالف عقيدة الحاكم المذكور (مثاله) لو حكم شافعي بصحة الرهن وحصل فيه اعادته الى الراهن بعد الحكم بصحة الرهن لم يكن ذلك مانعا لمن يرى فسخ الرهن بالعود الى الراهن على وجه مخصوص وهو أن يعيده اختيارا أو يفوت الحق فيه باعتبار الراهن مثلا أو قيام الغرماء عليه أو اذن المرتهن للراهن في الوطء أن يفسخه لان الحكم بالصحة ليس منافيا للفسخ بما ذكر بخلاف ما لو حكم شافعي بموجب الرهن عنده والالزام بمقتضاه فانه يمتنع على الحاكم المالكي أن يفسخه بما سبق ذكره لان موجبه عند الحاكم الشافعي دوام الحق فيه للمرتهن مع العود مطلقا فالحكم بالفسخ لاجل العود المذكور مناف لحكم الشافعي بموجبه عنده والله سبحانه وتعالى أعلم فهذه الفروق التسعة مع الفرق الاول وهو العاشر يحصل بها التمييز بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب

(فصل في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب) وذلك في أمور (منها) انه لا ينقض الحكم بواحد منهما اذا صدرا في محال الاجتهاد التي لا ينقض الحكم فيها وانما استويا في ذلك لتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة اما عاما عند استيفاء الشروط أو خاصا بالنسبة الى المحكوم عليه بذلك فكما لا يرد النقض على الحكم بالصحة لا يرد على ما يتضمنها اذا أجزناه فأما اذا قلنا لا يجوز الحكم بالموجب مع عدم استيفاء الشروط فيكون الحكم قد وقع مختلا والحكم المختلف فيه غير الحكم بأمر مختلف فيه فيسوغ لمن لا يرى الحكم بذلك أن ينقضه الا اذا حكم حاكم قبله بصحة الحكم الصادر بالموجب وكان الحاكم ممن يرى تسويغ الحكم بالموجب على الوجه المذكور فانه حينئذ لا ينقض (ومنها) انه اذا رفع للقاضي كتاب حكم يسوغ تنفيذه عنده نفذه قربت المسافة

بينـه وبين الحاكم فيه أو بعدت سواء كان ذلك الحكم بالصحة أو بالموجب بخلاف كتاب سماع البينة فانه لا يقبله الا اذا كانت المسافة بينه وبين سامع البينـة بحيث تقبل فى مثلها الشهادة على الشهادة ومنهم من أجاز امضاء ذلك أيضا بناء على انه حكم بقيام البينة ورجحه الامام الغزالى من الشافعية والاول هو المشهور وهو مذهب مالك رضى الله تعالى عنـه يعنى اشتراط المسافة المذكورة وذلك مذكور فى باب الشهادة على الشهادة (ومنها) تغريم الشهود الراجعين بعد الحكم بالصحة أو بالموجب فى المواضع التى يثبت فيها تغريمهم (ومنها) انه لو حكم حاكم يرى جواز اخراج القيمة فى الزكاة بصحة الاخراج أو بموجب الاخراج عنده وهو سقوط الفرض بذلك كانا سواء فى ذلك وليس للساعى أن يطالب المالك باخراج الواجب عنده اذا كان ذلك مخالفا لمذهبه (ومنها) اذا ترافع الولى الوارث والوصى الى حاكم يرى صحة الصوم عن الميت فطلب الوصى أن يخرج الطعام وامتنع الوارث وصام عن الميت فحكم الحاكم بصحة الصوم أو بموجبه فانه ليس للوصى مطالبة الوارث ﴿تنبيه﴾ اذا كان الحكم بالموجب مستوفيا لما يعتبر فى الحكم بالصحة كان أقوى لوجود الالزام فيه وتضمنه الحكم بالصحة

﴿فصل﴾ قد يتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة (مثال ذلك) اذا شهد عنده الشهود بأن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين فحكم القاضى بموجب شهادتهم كان ذلك الحكم متضمنا للحكم بالصحة والحكم بالموجب ﴿تنبيه﴾ قال الشيخ سراج الدين واعلم ان الذى تقدم فى الحكم بالموجب من أنه لا يقتضى استيفاء الشروط المعتبرة فى الحكم بالصحة وانه الذى جرى به عمل القضاة يخالف ما نص عليه الامام الشافعى رضى الله تعالى عنـه وما نص عليه المالكية أيضا فى القسمة وهو انه اذا كان بأيدى جماعة أرض أو غيرها فجاؤا الى الحاكم وطلبوا منه القسمة ولم يثبتوا أنها املاكهم فان الواجب على القاضى أن لا يجيبهم ويقول لهم ان شئتم فاقسموا بين أنفسكم أو يقسم بينكم من ترضون وان شئتم قسمى فأقيموا البينـة على أصول حقوقكم منها وذلك أنى ان قسمت بلا بينة وجئتم بشهود يشهدون انى قسمت بينكم هذه الدار الى قاض غيرى كان ذلك سببا الى أن يجعل ذلك حكما منى لكم بها ولعلها لغيركم ليس لكم منها شئ فلا يقسم الحاكم الا ببينة وهذا النص للمالكية كما ذكره الشيخ سراج الدين قال وقيل يقسم القاضى بينهم ويشهد انه قسم على اقرارهم ﴿تنبيه﴾ وعلى هذا فلا يجوز للحاكم المالكى أن يحكم بالموجب الا بعد أن يستوفى الشروط المطلوبة فى الحكم بالصحة هكذا قال الشيخ سراج الدين قال وعلى هذا فمن أحضر كتاب وقف أو بيع وأثبت صدوره ولم يثبت عند الحاكم ما يقتضى الحكم بصحته فلا يجوز للقاضى أن يجيبه الى الحكم بصحته ولا بموجبه لان الواقف قد يأتى مثلا بشهود يشهدون عند حاكم آخر ان الحاكم الاول حكم بموجب هذا الوقف فيجعله الحاكم الثانى حكما من الاول بنفاذ الوقف ولعله لغير الواقف فعلى هذا لا يجيبه الى الحكم بموجبه الا ببينة يشهدون انه ملكه

انه منه وأقر هو به فانه يلحق به وتكون له الرجعة ويلزمه الصداق كاملا ولا يتهم انه أقر بالولد لتكون له الرجعة لان الحاق النسب يرفع التهمة (فان) طلقها بعد الوطء من غير بناء (فيكتب فى ذلك) عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد دخوله بها دون بناء واقراره بوطئها طلقة واحدة رجعية واشهد بذلك فى كذا وله الرجعة عليها فى هذا الطلاق اذا وافقته على الوطء والعدة لازمة لها كذلك لثبوت الوطء (وأما) الطلاق المملك على غير شئ بعد البناء (فيكتب فيه) عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد بنائه بها طلقة واحدة ملكها بها أمر نفسها دونه واشهد بذلك فى كذا وهذا الطلاق مكروه لانه على خلاف السنة (واختلف) فيه على ثلاثة أقوال فقيل انه يكون طلقة رجعية كمن قال أنت طالق واحدة لا رجعة لى عليك فيها وهو قول مطرف وأشهب والثانى انها تكون البتة كمن قال أنت طالق واحدة بائنة فانها ثلاث وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب والثالث انها طلقة واحدة بائنة قاله ابن القاسم وحكاه القاضى أبو محمد عن مالك رضى الله تعالى عنه وبه القضاء وكان ابن عتاب رحمه الله تعالى يفتى بان من بارأ زوجه هذه المبارأة ثم طلقها بعد ذلك فى العدة ان الطلاق يرتدف عليه فى العدة استحسانا ومراعاة لقول من يراه طلقة رجعية فان طلقها ولم تكن له نية ففى ذلك قولان أحدهما انه يلزمه طلقة واحدة والثانى انه يلزمه الثلاث ذكر ذلك ابن رشد فى طلاق السنة ﴿وسئل رحمه الله تعالى﴾ فى رجل تشاجر مع امرأته فقال لها أنت طالق ثلاث ولم تكن له نية فى شئ من ذلك كله ﴿فاجاب﴾ اذا كان الامر على ما وصفت فقد بانت منه بثلاث تطليقات ولا سبيل له اليها الا بعد زوج * والطلاق قبل البناء كله بائن وقع على اسقاط أو غيره (ويكتب فى ذلك) عقد طلق فلان زوجه ٭لانه قبل البناء بها طلقة واحدة بسنة

طلاق [illegible] بها وحكمه وسبيله واشهد بذلك فى كذا (وأما) الطلاق الثلاث فان أوقعه طلقة بعد أخرى مفرقا فلا تحل له
حتى تنكح زوجا غيره باجماع (ويكتب فى ذلك) عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة صادفت آخر الثلاث فلا تحل
له من بعد حتى تنكح زوجا غيره واشهد بذلك فى كذا (وان) جمع الثلاث (فيكتب فى ذلك) عقد طلق فلان زوجه
فلانة بعد البناء بها ثلاث
تطليقات فى كلمة واحدة بانت
بها منه فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره واشهد بذلك
فى كذا أو طلق فلان زوجه
فلانة بعد البناء بها طلقة
جمع لها فيها الثلاث فلا
تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره وان كان قد تقدم
له عليها طلقة قلت طلقتين فى
كلمة كمل لها بها الثلاث فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره
واشهد بذلك فى كذا (بيان)
واختلف فى هذا الطلاق اذا
أوقعه ثلاثا فى كلمة فقيل انه
تلزمه طلقة واحدة فان الله
تعالى انما ذكر الثلاث مفرقا
فلا يصح ايقاعه الا كذلك
وهو قول على وابن عباس
وجماعة من الصدر الاول
وقال به أهل الظاهر وطائفة
من العلماء وأخذ به جماعة من
شيوخ قرطبة ابن زنباع وابن
عبد السلام وأصبغ بن
الحباب وغيرهم من الاندلس
وقيل يلزمه الثلاث فلا تحل
له حتى تنكح زوجا غيره وهو
قول مالك رضى الله تعالى عنه
وعليه جمهور فقهاء الامصار
وجل العلماء (وسئل ابن رشد)
فى كتاب عقد وثيقة برجعة من
الطلاق المذكور دون زوج
(فقال) هو رجل جاهل ضعيف الدين فعل ما لا يسوغ له باجماع من أهل العلم اذ ليس من أهل الاجتهاد البيان
فيسوغ له مخالفة ما اجمع عليه فقهاء الامصار وانما يجب عليه تقليد العلماء فى وقته ولا يسوغ ان يخالفهم برأيه فالواجب انه
ينهى عن ذلك فان لم ينته أدب وكانت جرحة فيه تسقط امامته وشهادته * وكذلك اختلف فى الذى يقول لامرأته أنت

حين الوقف قال وهذا مذهب مالك ويزيدون الحيازة على ما هو مبسوط فى محله
وما ذكره صحيح فينبغى التنبه له وهذا هو الاعتراض الوارد على الفرق الاول من الفروق
العشرة قال وهذا عند الحاكم فيما يثبته من صدور وقف أو بيع وأما الشهادة عند الحاكم
بصيغة المصدر أو بصيغة اسم المفعول كقول الشهود نشهد أن هذا وقف أو هذا مبيع
من فلان أو هذه منكوحة فلان فان الحاكم يحكم بموجب شهادتهم ويكون ذلك متضمنا
للحكم بصحة الوقف ونحوه فليعرف الفقيه الفرق بين الشهادة بالمصدر أو باسم المفعول
وليقس على ذلك انتهى وعلى هذا فينبغى أن يكتب فى الامر بالتسجيل ليسجل بثبوته
والحكم بموجب ما قامت به البينة والله سبحانه وتعالى أعلم (تنبيه) ولم أقف للمالكية
على هذه التفرقة وظاهر قواعدهم عدم اعتبارها وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله
عن المالكية ما ذكرته قبل واستبعده فقال قال المالكية ليس للقاضى أن يحكم حتى
يثبت عنده الملك والحيازة يريد الى حين صدور الوقف قال وهذا بعيد وفيه تعطيل
للحقوق واليد يكتفى بها فى المعاملات
(فصل فى الحكم بمضمون هذه اللفظة) ذكرها الشيخ تقى الدين استطرادا فى كلامه
فى الحكم بالموجب فقال وقد عرض فى هذه الازمنة بحث فى الحكم بالموجب وشغف به
جماعة ممن لقيناهم وعاصرناهم وبحثنا معهم من أصحابنا وهو ان الموجب عندهم أمر
مبهم يحتمل أن يكون الصحة ويحتمل أن يكون غيره او حكم القاضى ينبغى أن يعين فاذا
لم يعين فلا يصح ولا يرفع الخلاف ولا يمنع الحكم من قاض يرى خلاف ذلك ونقضوا بهذا
أوقافا كثيرة وأحكاما كثيرة وتعلقوا فى ذلك بما ذكره أبو سعيد الهروى والرافعى عنه
ومال اليه وهو انما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو صح ورود هذا الكتاب على
فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه ليس بحكم لاحتمال ان المراد تصحيح الكتاب
واثبات الحجة قال والذى وقفت عليه فى كتاب أبى سعيد وألزمت العمل بمضمونه لا بموجبه
قال ونحن نتكلم عليهما فنقول اذا أعدنا الضمير على الكتاب صح ما قالاه لان مضمون
الكتاب وموجبه معناهما صدوره وما تضمنه من اقرار أو انشاء وانه ليس بزور فلذلك
صوب الرافعى انه ليس بحكم ونحن نوافقه فى تلك المسئلة اذا أريد بهذه اللفظة هذا المعنى
أو احتمل انها مراد الحاكم أما اذا حكم بموجب الاقرار أو بموجب الوقف فليس موجبه
الا كونه وقفا وكون المقر به لازما وقول من قال موجبه يحتمل الصحة والفساد ممنوع
فان اللفظ الصحيح يوجب حكمه واللفظ الفاسد لا يوجب شيأ نعم قد يكون لفظ يحتمل
موجبين فيجب على الحاكم أن يبين فى حكمه ما أراده وابهام ذلك لا يجوز عند القدرة
الا أن يخشى من ظالم ونحوه يريد فيكتب له ليسجل بثبوته والحكم بموجبه أو مضمونه
ومراده اعادة الضمير فى موجبه ومضمونه على الكتاب كما تقدم فيفعل ذلك
موافقة له فاذا علم ذلك من مراده عمل بمقتضاه ومدون ذلك لا يحمل حكم القاضى الاعلى

البيان الواضح ومتى حصل التردد في موجب اللفظ مثل الهبة هل مجرد القول فيها يكفي في اللزوم ونقل الملك أو لا يكفي حتى يكون الواهب صحيحا جائزا ومثل التبرع في الطاعون هل يكون من الثلث أو من رأس المال أو ما أشبه ذلك وقال القاضي حكمت بموجبه ولم يبين فينبغي أن لا يصح هذا الحكم ويحتمل أن يقال يرجع الى مذهب القاضي فيحمل حكمه عليه والمختار الاول واعلم انه ينبغي للقاضي أن يصون حكمه عن ذلك ويبين مقصوده ثم قال وليس هذا مما نحن فيه وكلامنا اذا حكم بموجب وقف أو بيع أو اقرار ونحوهما فهو حكم على العاقد بمقتضى قوله وعلى المقر بمقتضى اقراره وليس لحاكم آخر نقضه لاقتضاء مذهبه بطلانه لان فيه نقض الاجتهاد بالاجتهاد قال الشيخ تقي الدين ومن ألفاظ الحكم أن يحكم بالثبوت وحقيقته حكم بتعديل البينة وسماعها وفائدته عدم احتياج حاكم آخر الى النظر فيها وجواز التنفيذ في البلد فان في تنفيذ الثبوت في البلد من غير اقترانه بحكم خلافا فاذا صرح بالحكم كما ذكرناه جاز التنفيذ فيهما فائدتان قال وقد توسع بعض قضاة المالكية في هذا الزمان فعمد الى أوقاف وقفها واقفون واستمرت في أيديهم يصرفونها على حكم الوقف ثم أيدي نظارها بعدهم كذلك مدة مائة سنة أو أكثر فأبطلها وردها الى ملك ورثة الواقف ولم يلتفت الى اليد المستمرة على حكم الوقف ولا الى سكوت الوارثين ووارثيهم عن المطالبة بذلك ومذهب مالك في الحوز اذا طالت المدة وامتناع الدعوى معروف وينبغي أن يستحضر ههنا وربما كانت تلك الاوقاف قد ثبتت عند حاكم فيتعلق في ابطالها بعدم الحوز وبأن الثبوت ليس بحكم وربما اقترن بذلك الثبوت حكم ولكن لم ينقل حكمت بصحته فيتعلق بأنه لا يمتنع من الابطال الا حكم حاكم بصحة الوقف قال وأنا أذكر ههنا قاعدة فأقول القاضي المعتبر حكمه تارة يقتصر على الثبوت وتارة يضيف اليه حكما أو يذكر الحكم مجردا ومن لوازمه أن يكون قد تقدمه ثبوت (فالحالة الاولى) وهي أن يقتصر على الثبوت فتارة يضيف الثبوت الى السبب الذي نشأ عنه الحكم وتارة يضيف الثبوت الى الحكم نفسه فهما قسمان (القسم الاول) أن يضيفه الى السبب كاثبات جريان عقد الوقف أو البيع أو الهبة أو النكاح ونحوها هذا غالب ما يقع من الثبوت وقد يقول القاضي ثبت عندي قيام البينة بهذه العقود أو ثبت عندي الاقرار بها أو بالدين مثلا فالبينة والاقرار ليسا سببين للحكم بل لا سيما بمعنى أنهما سببان لاثبات الحكم لا للحكم فحقيقة ثبوت قيام البينة تزكيتها وقبولها وقد تردد الفقهاء في أن الثبوت حكم أو ليس بحكم وعند الحنفية انه حكم ولا يتجه في معنى كونه حكما الا أنه حكم بتعديل البينة وقبولها وجريان ذلك الامر المشهود به وأما صحته أو الالزام بشيء فلا لانه لم يوجد الالزام وذكر ذلك الشيخ سراج الدين فقال وهذا هو التحقيق قال الشيخ تقي الدين وقد يقال ان الثبوت يدل على الحكم بالصحة لانه ليس للقاضي ان يثبت باطلا لقوله عليه الصلاة والسلام اني لا أشهد على جور والصحيح

طالق فينوي به الثلاث فقيل انما يلزمه طلقة واحدة وهو قول الحسن والثوري والاوزاعي وأحمد بن حنبل وغيرهم وقيل اذا نوى الثلاث لزمت الثلاث وهو قول مالك والشافعي واسحق رضي الله تعالى عنهم *وسبب الخلاف في ذلك ان الطلاق هل يلزم بالنية أم لا قال ابن رشد في مقدماته واختلف بماذا يلزم الطلاق على ثلاثة أقوال أحدها انه يلزم بمجرد النية دون القول وهي رواية أشهب عن مالك رضي الله تعالى عنه في كتاب الايمان بالطلاق والثاني أنه يلزم بمجرد القول دون النية والثالث انه لا يلزم الا باجتماع القول والنية وهذا فيما بينه وبين الله تعالى وأما في الحكم الظاهر فلا اختلاف بين أهل العلم أن الرجل يحكم عليه بما أظهر من صريح القول بالطلاق أو كنايته ولا يصدق انه لم ينوه ولا اراده وان ادعى ذلك على مذهب من يرى أن الطلاق لا يلزم بمجرد القول حتى تقترن به النية (قال) بعض المتأخرين والقول في ذلك على مذهب مالك رضي الله تعالى عنه ان ألفاظ الطلاق تنقسم على ثلاثة أقسام صريح وكناية وما ليس بصريح ولا كناية فاما الصريح فهو لفظ الطلاق وما تصرف منه دون غيره من الالفاظ عند مالك رضي الله تعالى عنه فيلزم الطلاق بذلك على كل حال ولا يفتقر الى نية وأما الكناية فهي على قسمين ظاهر ومحتمل (فاما الظاهر) فما هو في العرف طلاق مثل سرحتك وفارقتك وأنت حرام وبتة وبتلة وبائن وحبلك على غاربك وكالميتة والدم ووهبتك ورددتك الى أهلك ونحو ذلك فيقضي عليه في ذلك بالطلاق ولا يقبل دعواه انه لم يرد بها الطلاق *واختلف ماذا يلزمه في هذه الكنايات الظاهرة من أنواع الطلاق فقيل يلزمه فيها الثلاث على كل حال وقيل يلزمه الثلاث في المدخول بها وينوي في غير المدخول بها فان قال انه أراد بها البتة فله نيته وهو المشهور وقيل

يلزمه واحدة بائنة على كل حال وقيل رجعية في المدخول بها وبائنة في غير المدخول بها وقيل ثلاث في المدخول بها وواحدة في غير المدخول بها (وأما) المحتمل فمثل اذهبي وانصرفي وانت حرة والحقي باهلك ولست لي بامرأة ولا نكاح بيني وبينك ونحو ذلك مما ليس بطلاق في العرف فله نية في ذلك وهو مصدق وان ادعى انه لم يرد بذلك طلاقا ولا يحكم عليه بذلك الا بما نواه (وأما) ماليس بصريح ولا كناية فمثل ان يقول اسقيني ماء أو ناولني كذا ويريد بذلك الطلاق ففي ذلك قولان أحدهما انه لا يلزمه بذلك طلاق قصد أو لم يقصد حتى ينطق بلفظ من صريح الطلاق أو كناية والثاني انه اذا نوى الطلاق بذلك اللفظ وقصده لزمه الطلاق وان لم يكن من صريح الطلاق ولا من كناياته وهو المشهور وفي المدونة كل كلام ينوي به الطلاق فهي به طالق فان سبق لسانه بالطلاق ونطق به بلفظ صريح أو كناية ظاهرة حكم عليه به وان لم يكن قصده ولا يلزمه الطلاق في الفتوى (وان) طلق هازلا ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزمه والثاني انه لا يلزمه والثالث انه ان قام دليل على انه كان هازلا لم يلزمه * وفي طلاق السكران اختلاف قال ابن رشد السكران ينقسم قسمين سكران لا يعرف الارض من السماء ولا الرجل من المرأة وسكران مختلط معه بقية من عقله الا انه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ ويصيب فأما السكران الذي لا يعرف الارض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف انه كالمجنون في جميع أفعاله وأقواله فيما بينه وبين الله تعالى وفيما بينه وبين الناس وأما السكران ذات المختلط الذي معه بقية من عقله فاختلف أهل العلم في أفعاله وأقواله على أربعة أقوال أحدها انه في حكم المجنون الذي رفع عنه القلم ولا يحد في زنا ولا سرقة ولا قذف ولا يقتص منه في قتل ولا يلزمه عتق ولا طلاق ولا بيع ولا شئ من الاشياء

انه لا يدل على الحكم بالصحة لان الحاكم قد يثبت الشئ لينظر في كونه صحيحا أو باطلا وقد يثبت الشئ الباطل وقال القرافي انه قد يثبت ما يعتقد بطلانه لينظر غيره فيه أما اثبات ما يعتقد بطلانه لا لقصد الابطال ولا لينظر غيره فيه فلا ينبغي للحاكم أن يفعل ذلك قال الشيخ تقي الدين والحق الصحيح ان الثبوت ليس حكما بالثابت بل غايته ان يكون حكما بثبوته يعني بجريان العقد وصدوره وسيأتي تحقيق ذلك في الفرق بين الثبوت والحكم * وقد يقع في لفظ الحكام ليسجل بثبوته والحكم بما قامت به البينة فما ان كانت مصدرية فهو كقوله بقيام البينة وان كانت موصولة وهو الظاهر فهو كاثبات جريان العقود المشهود بها وجعل الثبوت حكما فيما اذا كان الثابت هو المعقود أقوى منه فيما اذا كان الثابت قيام البينة وفي مثل قوله ثبت ما قامت به البينة وقد يرجح أحدهما على الآخر والكل ضعيف (القسم الثاني) ان يضيف الثبوت الى الحكم كقوله ثبت عندي ان هذه الدار وقف أو ملك فلان أو ان هذه المرأة زوجة فلان فهذا مثل الحكم فلا يمكن التعرض لنقضه الا ان يحقق ان مستنده جريان عقد مختلف فيه كقوله الحنفي ثبت عندي ان هذه زوجت نفسها ونحو ذلك فحينئذ يعود الخلاف في ان الثبوت حكم أولا ويقوى جريان الخلاف فيه فان قلنا انه حكم امتنع على حاكم آخر ابطاله وان قلنا انه ليس بحكم لا يمتنع ومن يقول ينقض حكم القاضي بالاولى لم يمتنع عنده على الوجهين جميعا ولو لم يصرح القاضي ببيان السبب واقتصر على قوله ثبت عندي انها زوجة وعلم ببينة أخرى ان مستنده تزويجها نفسها فالظاهر ان الامر كذلك لكن العلم بذلك صعب لاحتمال ان يكون جاء وليها فجدد عقدها بحضوره في غيبة من شهد عليه بالثبوت المطلق وبتزويجها نفسها وان كان احتمالا بعيدا (الحالة الثانية) ان يقترن بالثبوت حكم والفاظ الحكم متعددة وقد تقدم بعضها وسيأتي ذكر ما بقي ان شاء الله تعالى وحينئذ لا سبيل الى نقضه باجتهاد مثله فمتى كان في محل مختلف فيه اختلافا قريبا لا ينقض فيه قضاء القاضي ولم يكن بناه على سبب باطل لم ينقض بحال والمقطوع به في ذلك اذا صرح بصحة ذلك التصرف هذا فيما اذا حكم بالصحة وان حكم بالموجب فقد تقدم ما فيه (ومن ألفاظ الحكم) ليسجل بثبوته والحكم بما ثبت عنده فان حملناه على الثبوت فالحكم فيه كما تقدم في الحكم بالثبوت وان حملناه على الثابت عنده فهو ماض ولا يحكم به بطريق الحقيقة بحكم شرعي من ايجاب أو منع أو طلاق فاذا قال حكمت بأن هذا باع أو وهب أو وقف أو نحو ذلك فمعناه حكمت بأنه ثبت عندي ذلك فيرجع الى ما تقدم في الحكم بالثبوت (ومن ألفاظ الحكم) ليسجل بثبوته والحكم به قال وكثيرا ما يوجد في اسجالات الحاكم ليسجل بثبوته والحكم به والضمير يرجع الى ما تقدم على الاحتمالات المتقدمة فهو غير خارج عنها (ومن) فوائد ذلك غير الفائدتين المتقدمتين في أول الكلام على الحكم بالثبوت وهو انه هل يمتنع على حاكم آخر نقضه لمن يرجع الى

ذات تلك التصرفات انشاء كان أو اقرارا أو لا يمتنع النقض فيه تفصيل وهو انه ان أطلق البيع أو نحوه أو ذكر صيغته وشروطه وكيف وقع كما هو العادة في الكتب فيمتنع نقضه لانه حكم بوقوع ذلك الانشاء أو الاقرار والالفاظ الشرعية اذا أطلقت تحمل على الصحيح قال وانما قيدت بقولي لمعنى يرجع الى ذات تلك التصرفات احترازا من ان ينقض لعدم أهلية العاقد أو لعدم شروط محله حيث لا يطلق كما سنذكره في القسم الثاني وهو ان يحمل على التصرف المعهود كما هو الواقع في الكتب الحكمية والامر كذلك اذا قال ثبت عندي البيع أو الوقف ونحوهما فانه انما يحمل على الصحيح فاذا قال ليسجل به وتميز الحكم به فالمراد ذلك التصرف المشروح في الكتاب فقد يكون صحيحا مجمعا عليه وقد يكون فاسدا مجمعا عليه وقد يكون مختلفا فيه والقسم الثاني وهو كونه فاسدا مجمعا عليه ليس للقاضي اثباته الا اذا قصد ابطاله والقسم الثالث وهو كونه مختلفا فيه فان لمن يرى صحته ان يثبته ويحكم بثبوته وبصحته على مذهبه فان حكم بالصحة فلا ينقض وان اثبت ثبوتا مجردا فلغيره نقضه وكذا ان حكم بالثبوت فليس لمن يرى فساده ان يثبته الا لغرض ابطاله بريد أو لينظر غيره فيه كما لو ماتت شهود الكتاب فاثبته المالكي بالخط لينظر فيه الشافعي قال واذا رأينا حاكما أثبته أو حكم بثبوته ولم نعلم قصده فيحمل على انه لم يتضح له حكم

(فصل في الفرق بين الثبوت والحكم) قال القرافي في كتاب الفرق بين الفتاوى والاحكام في السؤال الثلاثين * ان قلت ما الفرق بين الثبوت والحكم وهل الثبوت حكم أم لا واذا قلنا بأن الثبوت حكم فهل هو عين الحكم أو يستلزمه ظاهرا وعلى التقديرين فهل ذلك عام في جميع صور الثبوت أم لا (جوابه) ان الثبوت هو قيام الحجة على ثبوت السبب عند الحاكم فاذا ثبت بالبينة ان السيد اعتق شقصا له في عبد أو ان النكاح كان بغير ولي أو بصداق فاسد أو ان الشريك باع حصته من أجنبي في مسئلة الشفعة أو انها زوجة للميت حتى ترث ونحو ذلك من ثبوت أسباب الحكم فان بقيت عند الحاكم ريبة أو لم تبق ولكن بقي عليه ان يسأل الخصم هل له مطعن أو معارض ونحو ذلك فلا ينبغي ان يختلف في هذا أنه ليس ثبوتا ولا حكما لوجود الريبة أو عدم الاعذار وان قامت الحجة على سبب الحكم وانتفت الريبة وحصلت الشروط فهذا هو الثبوت والحكم من لازمه فيتعين على الحاكم الحكم اذا سئل به فصار الحكم من لوازم الثبوت فيجب ان يعتقد أنه حكم فهذا معنى قول الفقهاء من أهل المذهب المشهور ان الثبوت حكم يريد في هذه الصورة الخاصة وليس ذلك في جميع صور الثبوت وسيأتي بيانه وهذا التشهير مخالف لما نقله الشيخ تقي الدين عن مذهب مالك رضي الله تعالى عنه ان الصحيح عندهم وعند المالكية انه ليس بحكم وقاله الشيخ سراج الدين أيضا وقال انه التحقيق وقد سبق بيانه قال ابن عبد السلام وليس قول القاضي ثبت عندي كذا حكما منه بمقتضى ما ثبت عنده فان ذلك اعم منه قال وانما ذكرناه هذا لان بعض القرويين غلط في ذلك وألف المازري جزأ في الرد عليه وجلب فيه نصوص المذهب

وهو قول أبي يوسف واختاره الطحاوي [illegible] ابن عبد الحكم من أصحاب مالك ان طلاق السكران لا يجوز والثاني انه في حكم الصحيح الذي ليس بسكران يلزمه ما يلزمه لان معه بقية من عقله يدخل به في جملة المكلفين وهو قول ابن نافع أرى ان يجاز عليه ما فعله من البيع وغيره وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة والثالث أنه يلزمه الافعال ولا تلزمه الاقوال فيقتل بمن قتل ويحد في الزنا والسرقة ولا يحد في القذف ولا يلزمه طلاق ولا عتق وهو قول الليث ابن سعد والرابع انه يلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا يلزمه الاقرارات والعقود وهو مذهب مالك رضي الله تعالى عنه وعامة أصحابه وأظهر الاقوال وأولاها بالصواب لان ما لا يتعلق لله به حق من الاقرارات والعقود اذا لم تلزم الصبي والسفيه لنقصان عقولهما فأحرى أن لا يلزم ذلك السكران لنقصان عقله بالسكر وما سوى ذلك مما يتعلق به لله حق يلزمه ولا يسقط عنه بالسكر قياسا على ما اجمعوا عليه من أن العبادات التي هي حق لله من الصوم والصلاة وأشباههما تلزمه ولا تسقط عنه بالسكر وهو قول مالك رضي الله تعالى عنه في نكاح السكران ولا أراه جائزا عليه وليس معناه انه عقد فاسد وانما معناه انه غير لازم له قال واختلف اذا قالت البينة انها رأت منه اختلاطا ولم تثبت الشهادة بسكره على قولين أحدهما وهو المشهور انه يحلف ولا يلزمه نكاح ولا غيره ومثل المريض يطلق ثم يدعي انه لم يكن يعقل على ما في سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة والثانية انه لا يصدق ولا يمكن من اليمين ويلزمه النكاح وغيره وهو دليل رواية أشهب * وطلاق المكره لا يلزم عند مالك كان الاكراه على ايقاعه أو على الاقرار به أو على اليمين به سواء لا يلزمه شئ من ذلك وكذلك ان كان على فعل يحنث به في الطلاق وقيل يلزمه في ذلك وانما

الاكراه في القول دون الفعل ويكون الاكراه بالتخويف بما يؤلم البدن من القتل والضرب والصفع لذى المروءة وتهديده وسواء كان من السلطان أو غيره وكذلك ان كان التخويف بقتل ولده فان كان بقتل اجنبي فقولان وفي التخويف بالمال ثلاثة أقوال أحدها ان ذلك يكون

له اكراها والثاني ان ذلك ليس باكراه والثالث الفرق بين ان يكون المال كثيرا فيكون اكراها أو يكون يسيرا فلا يعد ذلك اكراها (ويلزم) الحالف بالايمان اللازمة اذا لم يكن له نية عتق من يملك حين الحنث والمشى الى بيت الله تعالى والصدقة بثلث ماله وكفارة يمين اطعام عشرة مساكين وكفارة ظهار وصوم سنة ان كان معتادا لليمين بها وطلاق نسائه واختلف فيما يلزمه من الطلاق فقيل يلزمه فيها طلقة واحدة رجعية وهو قول أبي عمران الفاسى وأبي الحسن القابسى وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي القاسم بن الكاتب وجل فقهاء القيروان قال ابن محرز وهو الذى أستحسنه وكان يذهب اليه غير واحد من علمائنا المتأخرين وقال به أيضا فقهاء طليطلة قال ابن مغيث في وثائقه وهو الذى أختاره وأقول به الزامه الواحدة وبه قال أيضا الحافظ أبو عمر بن عبد البر والقاضى أبو بكر بن العربي وغيرهما من المتأخرين بالاندلس وقيل يلزمه طلاق الثلاث وهو قول محمد بن أبي زيد وابن رافع رأسه وجماعة من فقهاء القيروان والى ذلك ذهب جل فقهاء الاندلس وبه كان يفتي ابن عتاب وابن القطان وابن مالك ومن تقدمهم من فقهاء قرطبة وهو مذهب أبي الوليد الباجي وهو الاظهر عندى على مذهب مالك رضى الله تعالى عنه * قال ابن رشد ويجب ان يلزم الحالف اليوم بها الثلاث لان اكثر الناس اليوم يحلفون بالطلاق الثلاث وانما يقصد بالايمان اللازمة التغليظ والتشديد وقد قاربت الفتوى اليوم بها الخروج من الخلاف المتقدم

قال القرافي والقول الشاذ يرى أن حقيقة الحكم مغايرة لحقيقة الثبوت ومع تغاير الحقائق لا يمكن القول بحصول أحد المتغايرين عند حصول الآخر الا ان يجزم بالملازمة واللزوم غير موثوق به لاحتمال ان يكون عند الحاكم ريبة ما علمنا بها فيتوقف حتى يحصل اليقين بالتصريح بأنه حكم هذا في الصور المتنازع فيها التى حكم الحاكم فيها بطريق الانشاء أما الصور المجمع عليها كثبوت القيمة في الاتلاف والقتل للقصاص وثبوت الدين عنده في الذمة وعقد القراض وثبوت السرقة للقطع فالثبوت الكامل في هذه الصور جميعها لا يستلزم انشاء حكم من جهة الحاكم بل أحكام هذه الصور متقررة في أصل الشريعة اجماعا ووظيفة الحكام في هذه الصور انما هو التنفيذ وسيأتي بيان معناه وأما فيما عدا التنفيذ فالحاكم والمفتي فيه سواء وليس ههنا حكم استناب صاحب الشرع فيه الحاكم أصلا البتة بل هذه أحكام تتبع أسبابها كان ثم حاكم أم لا نعم الذى يقف على الحاكم التنفيذ مع انه غير مختص به في الدين وشبهه فلو دفع المتلف القيمة والمدين الدين وسلم البائع المبيع استغنى عن منفذ من حاكم أو غيره وانما يحتاج الى الحاكم في الصور المجمع عليها اذا كانت تفتقر الى نظر واجتهاد وتحرير أسباب كفسخ الانكحة أو كان تفويضها للناس يؤدى الى التهارج والقتال كالحدود والتعازير مع أن التعازير من القسم الذى يفتقر الى نظر واجتهاد في تقدير التعزير بقدر الجناية والجاني والمجني عليه * فظهر ان الثبوت غير الحكم قطعا وقد يستلزم الحكم وقد لا يستلزمه وقد تكون الصورة قابلة لاستلزام الحكم وقد لا تكون قابلة كما تقدم بيانه في صور الاجماع وان القول بان الثبوت حكم في جميع الصور خطأ قطعا وانه يتعين تخصيص هذه العبارة وتأويل كلام العلماء وحمله على معنى صحيح وقال أيضا في القواعد في الفرق الخامس والعشرين والمائتين اختلف في الحكم والثبوت هل هما بمعنى واحد أو الثبوت غير الحكم والعجب ان الثبوت يوجد في العبادات والمواطن التى لا حكم فيها بالضرورة اجماعا فيثبت عند الحاكم هلال رمضان وهلال شوال وتثبت طهارة الماء ونجاسته ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع ويثبت التحليل بسبب العقد وليس في ذلك شئ من الحكم واذا وجد الثبوت بدون الحكم كان أعم من الحكم والاعم من الشئ غيره بالضرورة ثم الذى يفهم من الثبوت هو مفهوم من الحجة كالبينة وغيرها السالمة عن المطاعن فمتى وجد شئ من ذلك فانه يقال في عرف الاستعمال ثبت عندنا قاضى ذلك وعلى هذا التقدير يوجد الحكم بدون الثبوت أيضا كالحكم بالاجتهاد كاعطاء أمير الجيش الامان للعدو وكذلك في قسم الحبس بين أهله يجتهد ويفضل أهل الحاجة واذا أسر الامام العدو فالامام مخير في خمسة أشياء وكذلك عقد الصلح بين المسلمين والكفار وتقدير نفقة الزوجة والاولاد وقد أفردت لذلك بابا سيأتي ان شاء الله تعالى فاذا ثبت هذا علم ان كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ثم ثبوت الحجة مغاير للكلام النفساني الانشائي

الذى هو الحكم كما تقدم بيانه فى التعريف بحقيقة الحكم فثبت كونهما غيرين بالضرورة وان الثبوت هو نهوض الحجة والحكم انشاء كلام فى النفس هو الزام أو اطلاق

﴿فصل فى معنى تنفيذ الحكم﴾ وهو على قسمين تنفيذ حكم نفسه وتنفيذ حكم غيره ﴿فالاول﴾ معناه الالزام بالحبس وأخذ المال بيد القوة ودفعه لمستحقه وتخليص سائر الحقوق وايقاع الطلاق على من يجوز له ايقاعه عليه ونحو ذلك فالتنفيذ غير الثبوت والحكم فالثبوت هو الرتبة الاولى والحكم هو الرتبة الوسطى والتنفيذ هو الرتبة الثالثة وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ لاسيما الحاكم الضعيف القدرة على الجبابرة فهو ينشئ الالزام ولا يخطر له تنفيذه لتعذر ذلك عليه فالحاكم من حيث هو حاكم ليس له الا الانشاء وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما ألا ترى ان المحكم ليس له قوة التنفيذ وقد تقدم هذا فى الرتبة السادسة من رتب الولاية ﴿والقسم الثانى﴾ تنفيذ حكم غيره وذلك بأن يقول فيما تقدم الحكم فيه من غيره ثبت عندى انه ثبت عند فلان من الحكام كذا فهذا ليس بحكم من المنفذ البتة وكذا اذا قال ثبت عندى أن فلانا حكم بكذا وكذا فليس حكما من هذا المثبت بل لو اعتقد أن ذلك الحكم على خلاف الاجماع صح منه أن يقول ثبت عندى انه ثبت عند فلان كذا وكذا لان التصرف الفاسد والحرام قد يثبت عند الحاكم ليرتب عليه موجب ذلك وقد تقدم هذا فى النوع السابع من تصرفات الحكام وبالجملة ليس فى التنفيذ حكم البتة ولا فى الاثبات ان فلانا حكم مساعدة على صحة الحكم السابق فلا يعتد بكثرة الاثبات عند الحكام فهو كله كحكم واحد وهو راجع الى الحاكم الاول الا أن يقول الثانى حكمت بما حكم به الاول وألزمت بموجبه ومقتضاه ﴿تنبيه﴾ هذا حكم ما اذا كان الحاكم الاول والمنفذ الثانى مذهبهما واحد أما مع اختلاف المذهب فقال المازرى اذا ورد على حاكم حكم بأحد المذاهب المشهورة والقاضى الوارد عليه الحكم اعتقاده مذهب آخر فهل يلزمه تنفيذ هذا الحكم والزام المحكوم عليه بدفع المال الذى حكم به عليه القاضى والزام الزوجة المحكوم عليها بصحة النكاح وتمكين الزوج منها مع ان مقتضى مذهبه هو خلاف ما نفذ به ذلك الحكم فى ذلك قولان أحدهما انه يقف عن تنفيذه وابطاله لانه ان نفذه وألزم المحكوم عليه ما فيه ألزمه ما لا يرى انه الحق عنده والثانى انه ينفذه ويلزم المحكوم عليه ما تضمنه الحكم لان توقفه عن انفاذه كابطاله وقد قلنا انه ممنوع من نقض الاحكام المجتهد فيها

﴿فصل فى المنع من تنفيذ ما حكم به حاكم أهل الذمة﴾ وفى النوادر المجموعة اذا ثبت عند حاكم أهل الذمة مطلب بشهادة أهل الذمة وأشهد حاكمهم على ثبوت ذلك عنده مسلمين فانه لا يجوز لحاكم المسلمين أن ينفذ ذلك لانه اذا أنفذ ذلك فقد أنفذ شهادة أهل الذمة الذين يثبت بهم الاصل وانما شهد المسلمون على حكم حاكمهم فشهادتهم فرع وشهادة

لزام الحالف بها الثلاث (وسئل) عنها أبو عمران الفاسى (فقال) الذى أراه ان الواحدة عليه بلا شك وأحب الى ان يلزم نفسه ثلاث وقد قيل انه لا شئ فيها سوى الاستغفار وهو قول أبى بكر الابهرى وحكى أيضا عن أبى عمر بن عبد البر وقيل الذى يجب فيها كفارة يمين اطعام عشرة مساكين حكى ذلك عن الشافعى وجماعة من المتأخرين وقيل يلزمه فيها طلقة واحدة بائنة وهو قول أبى عمر بن عبد الملك الاشبيلى والقول بطلاق الثلاث وطلاق السنة هو أحسن الاقوال وأشبه بطريق العلم ولكل واحد منها وجه من النظر والقياس واما ان كانت له نية فله نيته باتفاق اذ هى من الكنايات قال بعض المتأخرين فان جرى بها عرف فى بلد من البلاد كان العمل فيها بحسب العرف عند الاطلاق أو عند دعوى النية المخالفة للعرف قال وقد أفتى بعضهم فيها بفتوى غريبة وهى ان كان الحالف بها من أهل العفاف والصلاح ولم يعتد الحلف بها وانما خرجت منه على ضجر فتلزمه الواحدة وان كان من أهل الدعارة والشر وممن يصرف ذلك فى كل وقت فانه يلزمه الثلاث ولا وجه لذلك عندى (وقال) القاضى أبو عبد الله بن الحاج فى مسائله اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق الى يوم القيامة فينبغى ان يكون الجواب فيها مثل قوله أنت طالق أبدا فقد يستدل من ظاهر المدونة على انها ثلاث وقد يستدل بها على انها واحدة ﴿وسئل﴾ رحمه الله تعالى عن رجل التزم لزوجته فى صداقها ان تزوج عليها فلانة التى طلقها لا تحل له ابدا الا قبل زوج ولا بعد مدة حياته فطلق هذه ثم أراد مراجعة المحلوف عليها ﴿فقال﴾ يستفاد شهود الصداق فلعل عندهم ما يستدل به على ما تقوم الفتوى به فان لم يجد عندهم جلاء فيحتمل ان تحرم عليه كمن قال امرها بيدها فقال الزوج أردت واحدة وقالت المرأة

بان يحلف ويحتمل ان يحلف الزوج ما أراد بخطه ما مرغما مؤبد او انما أراد تطييب نفسها بذلك ويسقط الشروط وأفتى المتبع وغيره انه يجوز له تزويجها وان قوله ذلك كذبة منه وبطريق انه منعه من نكاح الاولى فلا يصح له وقال رحمه الله تعالى اذا جاء الرجل الى العاقد فقال ٩٤ له أكتب لى مبارأة بالثلاث أو بواحدة فكتبها ثم امسكها الا مرعتد نفسه وأبى ان يلزم

نفسه شيأ من الطلاق الذى كتب لها ان كان أمر العاقد بذلك وهو مجمع على الطلاق الذى أمر بكتبه لزمه والا لم يلزمه واقصى ما عليه ان يحلف انه ما كان عازما على الطلاق حين أمر بكتبه لان له ان يقول انما أردت بكتبها لاشاور نفسى كما يقول فى الكتاب ولو قال قائل ان أمره بكتب المبارأة خلاف الكتب لكان زوجها لان المبارأة قد ينضاف اليها الطلاق وكذلك قوله للعاقد أكتب لى ومسئلة الكتب لم يزد على الكتاب (وأما الطلاق) الخلعى فيكتب فيه عقد اختلعت فلانة زوجها كالئها المكالئ لها عليه فى كتاب صداقها وغير ذلك من الحقوق المترتبة لها عليه قديما وحديثا وخراج عدتها منه ولو طالت وبما ساقه لها فى كتاب صداقها من أصل ملك وصرفت ذلك الى ملكه واعادته الى يده ولم يبق لها فيه حق وبمؤنة حمل ان كان بها منه واسقطت عنه ما يجب عليه بسبب الحمل من نفقة وكسوة وغير ذلك والتزمت ارضاعه بعد وضعه الى فطامه ومؤنته كلها الى انقضاء حولى الرضاع طائعة بذلك كله متبرعة من

أهل الذمة هى الاصل (فائدة) فان قيل ما معنى ما يكتب فى التسجيلات قديما وحديثا وهو نافذ القضاء والحكم ماضيهما * قلنا كل من اللفظين اذا استعمل وحده فهو بمعنى الآخر فاذا جمع بينهما احتمل أن يكون تأكيدا كقولهم فى الوثائق طائعا مختارا وقولهم فى صحة منه وسلامة فان ذلك من زيادة تأكيد الموثق (واعلم) انه لا يشترط ثبوت ذلك فى الحكم باقراره بل يقضى عليه فان ادعى الاكراه على الاقرار مثلا فالقول قول خصمه مع يمينه الا اذا كان هناك قرينة تدل على الاكراه فان النص للشافعى رضى الله تعالى عنه انه يصدق بيمينه وكذا مقتضى مذهب مالك رضى الله تعالى عنه * ولنرجع الى ما تقدم ويحتمل ان يتغايرا من وجه كما تقول فى الايمان والاسلام والفقر والمسكنة ونحو ذلك (فان قيل) فما وجه التغاير عند الاجتماع (قلنا) ظاهر كلام الشافعى رضى الله تعالى عنه يقتضى ان القضاء هو الاخبار عن المستند وان الحكم عبارة عن الانفاذ الذى هو بمعنى الالزام ويجوز ان يتغايرا من وجه آخر وهو أنه حكم بان حكم الشرع فى الواقعة المخصوصة كذا وقضى به وألزم انتهى من كلام الشيخ العلامة سراج الدين البلقينى رحمه الله تعالى

(فصل فيما يدل على الحكم) قال القرافى اعلم انه كما يدل القول على الحكم فى قول الحاكم أشهدكم انى حكمت بكذا فكذلك الفعل يدل على الحكم ايضا وذلك اذا كتب الحاكم الى حاكم آخر انى قد حكمت بكذا فهذه الكتابة تدل على الحكم كما هو مشروح فى كتاب القاضى الى القاضى وكذلك لو سئل هل حكمت بكذا فاشار برأسه أو غير ذلك مما يدل ويفهم انه حكم به وكذلك لو كتب الحكم بيده وقال اشهدوا على بمضمونه فجميع ذلك يدل على صدور الحكم وسبب ذلك ان حكم الحاكم أمر نفسانى لا لسانى لانه تارة يخبر عنه بالقول وتارة بالفعل وتارة بالاشارة فدل على ان الحكم غير قوله وكتابته واشارته وانما هذه الامور دالة على الحكم كسائر ما يقوم بالنفس من الاحكام والاخبار وغيرهما

(فصل) ومما يدل على ان الحكم الشرعى أمر قائم بالنفس لا باللسان أنه قد يقترن انشاء الحكم بما يدل عليه فيوافق انشاء الحكم وقت الاشهاد عليه وقد يفترقان سنين كثيرة بان يحكم فى شئ ولا يشهد بالحكم على نفسه فى ذلك الا بعد مدة طويلة فتبين ان الحكم الشرعى فى نفسه قائم بذاته من كلامه النفسانى لا اللسانى

(فصل) قال القرافى واعلم ان الحكم تارة يكون خبرا يحتمل الصدق والكذب وتارة يكون انشاء لا يحتمل الصدق والكذب (فالاول) مثل ان يقول قد حكمت بكذا فى الصورة الفلانية فان هذا اللفظ يحتمل الصدق والكذب بحسب ما يطلع عليه من حاله (والثانى) مثل ان يقول اشهدوا على بكذا أوانى ألزمت فلانا بكذا فهذا انشاء لا يحتمل الصدق ولا الكذب لانه انشاء الطلب من الشهود ان يشهدوا عليه بكذا وانما يوصف

غير اكراه ولا ضرر وقبل ذلك منها وطلقها عليه طلقة واحدة بعد البناء بسنة طلاق الخلع وحكمه وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا (بيان) الخلع والمبارأة والافتداء معناها واحد وقال ابن فرحون روى ابن وهب عن مالك رضى الله تعالى عنه ان المبارأة هى التى تطلق قبل الدخول على ان لا تبعة لها قبل زوجها والمختلعة هى التى تختلع بجميع حقوقها

هذا باب الصحة والفساد والله سبحانه وتعالى اعلم (تنبيهات) في التسجيلات باحياء الكتب القديمة وما يمتنع من الاشهاد به * وفي المقنع لابن بطال قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن بيده حكم من قاض أو شراء عبد أو منزل فيقوم بذلك الى سلطان موضعه ليسمع من بينته على ذلك ليحييه له بالحكم فلا ينبغي ذلك للامام حتى يعارضه فيه أحد بخصومة أو دعوى ويحييه صاحبه بأن يشهد على شهادة شهود الكتاب انشاء الا ان يكون طرأت له بينة على ذلك الحق من بلد آخر وقل من يعرفهم ههنا ومن بعد لهم فيسأل القاضي ان يسمع من أولئك قبل تفرقهم عنه ويحيي له بهم حقه قبل فوته بشهادة من شهد له عليه وموته وانه يجد الآن من يعدل به شهادة الطارئين ممن يعرفهم السلطان ولا يمكنه ان يحييه بالاشهاد على شهادتهم اذ لا يعرفونهم فمثل هذا ينبغي للامام ان ينظر له فيه ويحيي له حقه ويشهد له على ذلك ويذكر في الاشهاد على القاضي أنه لم يكن يخاصمه فيه أحد ولا قطع السلطان به حجة أحد يقوم عليه ونحو هذا مما يتبين به سبب الاحياء أو يكون حقا أو حكما قد درست وثيقته وأشفت على الذهاب ولا يمكنه أن يحييها الا بنظر السلطان فانه ينبغي ان ينظر له فيها بما يحييها ويبين انه لم يقطع به حجة أحد (نوع منه) وفي ثمانية أبي زيد قال أبو زيد قال أصبغ وقد سئل في الرجل يأتي الى قاض بكتاب فيه قضاء قاض غيره فيسأله ان يثبته عنده بشاهدين عدلين بأن القاضي الاول حكم له بما فيه ويشهد له بثبوته عنده لما يتخوف من موت شاهديه أو حوادث يخشاها عليه هل يسمع من بينته قال نعم وأراه حسنا ويشهد في كتابه على ما ثبت عنده من ذلك قيل له فيشهد له أنه انفذه انفاذا كالقاضي الاول قال لا يشهد أنه انفذه انما يشهد أنه ثبت عنده ان القاضي فلانا حكم بما فيه وذلك بعد ما يتدبره ويرى أن القاضي الاول قد أصاب وجه القضاء فيما تبين له فاذا رأى انه قد أخطأ فيه لم يسمع من بينته عنده الا ان يبتدئ عنده خصومة مبتدأة قيل له فان كان قد وجد في قضاء الاول خلافا لرأيه وهو مما اختلف فيه أهل العلم مما لا يجوز له فسخ القضاء به قال لا ينظر في شيء منه وهذا أحد القولين اللذين تقدم نقلهما عن المازري في معنى تنفيذ الحكم قيل لاصبغ وكيف ينظر له في كتابه ويحييه له وهو لم ينازعه احد فيه قال ذلك جائز لانه لا يقطع حجة المقضي عليه فمتى قام فهو على حجته ألا ترى لو ان عبدا أتى الى السلطان فزعم أن سيده أعتقه وقامت له بذلك بينة وسيده مقر له بالعتق غير ان العبد سأل القاضي ان يسمع من بينته ويحيي له عتقه ويكثر له من الشهود عليه ليكون احياء للعتق وتوثيقا للحرية أما كان للقاضي ان يفعل ذلك فهو مثله وهذا خلاف ما تقدم عن المقنع من انه لا يحييه الا لضرورة كما تقدم بيانه

(فصل) ومن ذلك اذا ادعى كل واحد من الخصمين أرضا بالصحراء وتنازعا فيها ثم أتيا الحاكم فتداعيا فيها ثم أقر أحدهما لصاحبه من غير بينة فلا يشهد الحاكم انه حكم بهذه الارض لفلان ولكن يشهد له بأن فلانا أقر لفلان بكذا ولا يحكم له بها ولا يشهد على نفسه

والمفتدية هي التي تعطي البعض قال فمن أوقع هذه الالفاظ بعضها مكان بعض لم يكن مخطئا وايقاع كل لفظ منها في موضعه أولى والخلع طلقة واحدة بائنة فان أوقع طلاقا على الخلع ولم يبين عدده فانه يكون واحدة وان شرط ان تكون رجعية ففيها قولان مشهورهما انها تكون بائنة وكذلك ان طلقها طلقة رجعية على ان اسقطت عنه نفقتها طول عدتها فانها تنفذ وتكون بائنة عند ابن القاسم فان أوقع ثلاثا على الخلع وأبت المرأة فان الطلاق ينفذ ويسقط الخلع واذا أوقع هذا الطلاق والزوجة حائض أو نفساء فلا يجبر على الرجعة وكذلك كل طلاق بائن فان كانت الزوجة محجورة لوالدها فلا يجوز خلعها الا باذن أبيها (ويكتب في ذلك ما نصه) اختلعت فلانة بنت فلان باذن والدها لزوجها فلان وتبني على ما تقدم ثم تقول في آخر العقد وأمضى ذلك والدها لما رآه لها في ذلك من النظر والغبطة والحيطة عليها وتضمن الاشهاد على الزوجين والاب ولا يجوز للاب ان يمضي الخلع عليها دون اذنها وان كانت في ولايته اذا كانت ثيبا على المشهور فان كانت بكرا فله ذلك (ويكتب في ذلك) عقد طلق فلان زوجه فلانة قبل البناء بها طلقة واحدة على ان اسقط عنه والدها اذ هي بكر في حجره وولايته النصف الواجب لها عليه من صداقها المسمى في كتاب زوجيتهما وصرف ما كان قبضه لها منه ودفعه له فقبضه من الزوج وقبل ذلك منه وعليه أوقع الطلاق وشهد بما فيه عنهما في كذا وكذلك كل من يملك الاجبار في النكاح كالسيد في الامة وغيره يجوز له اسقاط ذلك قبل الدخول لقوله تعالى أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وليس ذلك لوصي الاب ولا لغيره من الاولياء على رواية ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنه وروى ابن نافع اجازة ذلك اذا كان فعله على وجه النظر وقال أصبغ ان كان ذلك بأقل من

فيها نقض له حتى تقوم عنده البينة أنها له قاله ابن القاسم

﴿فصل﴾ ومن ذلك اذا ابتاع رجل دارا من رجل وانكر لبائع ذلك وثبت عند القاضي البينة بالاشتراء فلا يكتب لهم القاضي كتاب حكم حتى يقيم المشترى عنده بينة ان البائع باع منه شيأ يعرفونه في ملكه من مختصر الواضحة في باب القسمة ﴿نوع منه﴾ قال أصبغ لا ينبغي للقاضي اذا عزل الوصي لامر كرهه أو لعذران يكتب له براءة مما جرى على يديه قبل ذلك مما زعم أنه انفقه على اليتيم وان أتاه على ذلك ببينة حتى يبلغ اليتيم مبلغ الدفع عن نفسه ولكن ان أخذ منه مالا عند العزل كتب له منه براءة ﴿نوع منه﴾ اذا دخل تحت يد القاضي مال لغائب فقام رجل وادعى انه وكيله وأحضر عقد الوكالته وذكر الشهود في العقد أن تاريخ الشهادة بالوكالة قبل كتابة هذا العقد بعام أونحوه وفي العقد انه وكيله على طلب حقوقه كلها وقبضها والاقرار والانكار وقبض مستغلاته توكيلا تاما مفوضا أقامه فيه مقام نفسه فهذا انما ينبغي للقاضي ان يتنبه له فان الموكل الغائب لم يشهد على نفسه في هذا العقد الذي أظهره الوكيل ولا رأى الكتاب وانما لفق الوكيل ما في الكتاب من حفظ الشهود على وجه الاسترعاء وهذا الموضع وشبهه لا ينبغي للقاضي ان يسمع الشهادة فيه على الوكالة أوغيرها الا أن ينص الشاهد معاينهما من حفظه كما يزعم القائم بالوكالة ان من حفظهم كتب ذلك وأما ان يقول الشاهد للقاضي هذه شهادتي أشهد بها عندك لعلمه له عليها يعني علامة الاداء والقبول وتثبت الوكالة بتلك الشهادة فلا يجوز ذلك ولا يسع القاضي من الله تعالى التساهل في مثل هذا فالله الله في الاحتياط بامور الناس والنظر لنفسك قاله ابن مالك القرطبي وقال ابن عتاب لا يدفع القاضي ذلك المال للوكيل الا بتوكيل الغائب على قبضه توكيلا ينص فيه على قبضه وأما بالتوكيل المكتتب فلا قال ابن سهل وانما قال ابن عتاب ذلك لانه بلغه ان الوكيل غير مأمون عليه فرأى من النظر ابقاءه تحت يد أمين القاضي مع ما في الوكالة من الضعف لان الموكل لم يطلع على عقد الوكالة ﴿نوع منه﴾ ومن أحكام ابن سهل أيضا قال وفي نوازل ابن سحنون من أتى بتيمة بلغت الى القاضي أو بتيم بالغ وقال ان أباه أو أبا هذا أوصى به الى وبماله وقد بلغ مبلغ الرضا وأنا أبرأ اليه بماله فاكتب لي براءة منه قال يكتب له في البراءة ان فلانا أتى بفلان صفته كذا وزعم انه يسمى فلانا أو بامرأة صفتها كذا وزعم انها تسمى فلانة وان أباها أوصى اليه بها وبمالها وانها قد بلغت مبلغ الاخذ لنفسها والاعطاء منها وسألنا أن نأمره بدفع مالها اليها وان نكتب له البراءة فأمرناه بذلك فدفع لها عندنا كذا وكذا وقد أشهدنا على براءته منه للمسلمين في هذا الكتاب وتكتب له هذه البراءة وان لم يعرف انه وصيه الا بقوله قيل له ولا يجوزان يكتب له الا هكذا قال نعم لا يجوز له أن يكتب البراءة الا هكذا ذكرها ابن سهل في مسائل المحجور

﴿فصل﴾ قال ابن العطار وغيره لا يسجل القاضي بتخليد دين في ذمة غائب الا ان يكون من أهل

تصيغة ... جائز للوصي فعله في البكر والمعمول به ما رواه ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنه (فان) كانت ... قبل البناء في ولاية وصي (فيكتب فيها ما تقدم) ثم تقول في آخر العقد مانصه وامضى ماذكر الوصي باذنها لما رآه لها فيه من النظر والحيطة عليها وتضمن الشهادة على الزوجين والوصي ومعرفة الايصاء وخلعها جائز باذن وصيها سواء من قبل الاب أومن قبل القاضي اذا كان على وجه النظر على ما جرى به العمل وروى عن مالك رضي الله تعالى عنه ان ذلك لا يجوز فان كانت صغيرة دون بلوغ زوجها أبوها ثم مات وقد أوصى بها فلا يجوز خلعها وان امضى ذلك عليها وصيها ولا يسوغ لوصيها فعل ذلك على رواية ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنه كالبكر وهو المشهور الذي جرى به العمل وقيل يجوز ذلك اذا كان نظرا لها كما تقدم فان لم يكن لها أب ولا وصي من قبل أب أو سلطان فمذهب ابن القاسم ان ذلك جائز عليها اذا كان ماصالحته به صلح مثلها كان ذلك قبل البلوغ أو بعده وهو قول سحنون وبه القضاء وقال أصبغ لا يجوز ذلك عليها وقد ذكر ابن سعدون في شرحه لرزمة النكاح من المدونة ان الزوج اذا اشترط في هذه اليتيمة التي لا وصي عليها انه ان لم يصح له الخلع على ما وقع فالعصمة باقية غير منفصلة ان شرطه ينفعه ومتى طلب منه ما أخذ كانت زوجة له كما كانت وان كان الزوج في ولاية فاما ان يكون كبيرا أو صغيرا دون بلوغ فان كان كبيرا فخلعه جائز وان كان بغير اذن وليه لان الطلاق بيده ويلزمه اذا أوقعه وانعقد فيه مثل ما تقدم وتذكر في العقد موافقة الوصي أو الاب ان حضر على الخلع وتضمن الشهادة على الجميع ولا يجوز خلع الاب أو الوصي عليه بغير اذنه على المشهور وقيل يجوز مثل ما تقدم في النكاح ان كان صغيرا فيجوز خلع الاب أو الوصي

أهل عمله وان سافر الى غير عمله أما ان استوطن غير عمله أو لم يسكن قبل ذلك فيه فحسبه أن يقيد ثبوت الدين لا الحكم بتقليده في ذمته ﴿مسئلة﴾ لا يسجل نائب القاضي بما ثبت عنده فان فعل فلا يجوز تسجيله و يبطل الا ان يكون القاضي استنابه عن اذن الامام ورأيه وقد تقدم حكم هذا مستوفى في الباب الخامس في استخلاف القاضي

﴿فصل﴾ المحكوم له اذا سأل القاضي ان يسجل له بما ثبت له عنده لزم الحاكم ان يسجل له بذلك ويذكر الوجه الذي ثبت به الحق وان ذلك بسبب قيام البينة بكذا أو بسبب نكول أو بسبب سقوط بينة جرحت لانه يخشى ان يقوم عليه بعد ذلك بتلك البينة واختلف اذا عجز القاضي الطالب فسأل المطلوب من القاضي أن يسجل له بقطع حجته عنه لئلا تتكرر عليه تلك الدعوى و يعنته متى شاء فقيل ذلك له وقال عبد الملك ليس ذلك على القاضي من تنبيه الحكام لابن المناصف ﴿مسئلة﴾ قول القاضي في سجله في شهادة غير المقبولين انهم شهدوا بكذا او استظهر بهم تقع للمشهود له لانه متى دفع الغائب فيمن ثبت به ذلك كان للمشهود له ان يعدل اثنين من الذين لم يقبلهم القاضي واستغنى عن اعادة شهادتهم عند غيره وزكاهم على أعيانهم ان كانوا أحياء وان كانوا موتى زكاهم بشهادة من يقطع بمعرفة أعيانهم

﴿فصل﴾ ينبغي للقاضي اذا سجل بين الخصمين ان يذكر في الكتاب أسماء الشهود فان لم يفعل حتى وقع الحكم فالاحب الى ان يبدل الكتاب فان لم يفعل حتى عزل أو مات نفذ الحكم الا على الغائب وهذه المسئلة ونظائرها مبسوطة في الكلام على الحكم على الغائب وقد اختلف في جواز تسجيل لم يصرح فيه باسماء الشهود والعمل على انه يصرح في الحكم على الغائب والصغير ولا يحتاج الى ذلك في الحكم على الحاضر وفي الركن الخامس في المقضي عليه وفي آخر فصل التعجيز أيضا بسط هذه المسائل

﴿فصل﴾ وفي الطرر ذكر ابن مغيث رحمه الله تعالى ان من القضاة من يأمر كاتبه عند كتابة التسجيل أن يبقي بياضا في آخر التسجيل ليتممه القاضي بخطه وبذلك جرت عادة القضاة في الاعمال المصرية والشامية والحجازية وصفة ما يكتب حسبنا الله ونعم الوكيل قال وبما ذكره ابن مغيث جرى عمل القضاة بقرطبة وفعله منذر بن سعيد وابن السليم وابن ترب

﴿فصل﴾ في الحكم المعلق على شرط صدق المدعي وارجاء الحجة للخصم ﴿مسئلة﴾ وفي الحاوي في الفتاوى لابن عبد النور التونسي قال سئل المازري عن امرأة مجهولة طارئة على بلد فأتت الى قاضيه فذكرت ان زوجها غاب عنها في بلدها غيبة منقطعة ولا يعلم صدقها من كذبها وشكت الضيعة فما ترى في أمرها هل تطلق وتزوج أم لا * فاجاب انه يتثبت في أمرها حتى ييئس من العثور على صدقها أو كذبها أو تثبت كونها طارئة من بلد بعيد يتعذر معه الكشف عن حال الزوج فتحلف حينئذ اليمين الواجبة في مثل هذا وانها صادقة فيما ذكرت و يوقع الطلاق عليها و يكتب لها الحاكم انه أوقع عليها الطلاق بشرط ان

عليه بشئ يأخذه انه له دون امره ولا يجوز على غير ذلك (ويكتب في ذلك) عقد خالع فلان عن ابنه فلان الصغير في حجره أو على محجوره فلان الساكن في حجره بعهد الاب زوجه فلانة بان اسقطت عنه كالئها قبله وغير ذلك من الحقوق المترتبة لها عليه وطلقها على ذلك طلقة واحدة بعد البناء بسنة طلاق الخلع وحكمه وامضى ذلك الوالد على ابنه لما رأى في ذلك من النظر والسداد وشهد على الاب والزوجة بما فيه عنهما في كذا * ولا يجوز طلاق الصغير ولا خلعه ولا طلاق الاب والوصي الا بشئ يأخذ انه له بلا اختلاف فان التزمت المرأة نفقة ولدها بعد الحولين وتمام الرضاع فذلك غير لازم لها عند مالك رضي الله تعالى عنه وابن القاسم ولا جائز للغرر الظاهر فيه وقال المخزومي وابن الماجشون واشهب وابن نافع يجوز ذلك بعد الحولين وان كان ذلك غررا اذ الخلع بالغرر جائز واختار ذلك المتأخرون وبذلك جرى العمل والقضاء ﴿ويكتب في ذلك ما نصه﴾ واسقطت عنه مؤنة حمل ان كان بها وما يجب لها عليه بسببه من نفقة وكسوة والتزمت ارضاعه بعد وضعه دون شئ يلزم الزوج في ذلك واجراء النفقة والكسوة والمؤن كلها عليه من مالها الى سقوط ذلك عن والده شرعا وقبل ذلك منها وتبني على ما تقدم فان مات الولد فلا شئ للاب على الزوجة لان مقصود التزامها ابراء الاب من مؤنه وقيل للاب ان يرجع عليها والقول الأول هو المشهور

وبه القضاء وكذلك ان ارتجعها فانها يسقط عنها ما تحملت من النفقة وترجع على الاب ولا تعود عليها ان طلقها ثانية الا ان تحملها وان ماتت الام وقف من مالها ما يقدر ذلك واجرى في نفقة الابن الى ان يحتلم والزوج محاصة غرماء المرأة بنفقة ابنه المشروط عليها في الخلع فان عدمت في خلال المدة فان النفقة تعود على الاب ثم ان

أيسر ثم رجعت النفقة عليها وهل يتبعها الولد بما اتفق على أن تنفقه مدة عدمها أم لا في ذلك قولان أحدهما أنه يتبعها
بذلك وهو المشهور والذي جرى به القضاء وحكى أصبغ انه لا يتبعها بشيء وان اشترط في عقد الخلع ثبوت النفقة بعد الوفاة
كثبوته قبلها جاز ذلك على قول

مالك وغيره وارتفع الضرر والخلاف في ذلك (قال) ابن رشد واذا صالحت المرأة

يكون الامر كما ذكرت (مسئلة) وفي البيان والتحصيل في كتاب السلطان في رجل أتى الى
زمزم فقال لرجل ناولني قدحك فقال اني اخاف عليه فقال هذا كسائي عندك حتى
أعود به فاخذ القدح ووضع الكساء ثم رجع فلم يجد الرجل فحكمه أن يأتي السلطان
فيخبره فيأمره السلطان ان كان صادقا ان يبيع القدح ويقبض ثمنه من ثمن الكساء قبل
لا شهب ويأمره السلطان بذلك قال نعم يأمره من غير حكم على الغائب ويقول له ان كنت
صادقا فافعل فان جاء الرجل كان على خصومته وفائدة رفعه الى السلطان ان صاحب
القدح اذا جاء لم يكن له على الذي باعه الا الثمن الذي باع به وان باعه بغير أمر السلطان
كان عليه قيمة القدح بالغة ما بلغت (مسئلة) وفي مختصر الواضحة لفضل بن سلمة ان المرأة
اذا رفعت أمرها الى القاضي وطلبت ان يفرض لها النفقة على زوجها الغائب وحاله
في العسر واليسر مجهول واحبت ان ينظر لها في فرض النفقة عليه ولزومها له ان ظهر مليا
فليشهد لها السلطان لئن كان فلان زوج فلانة مليا اليوم موسرا في غيبته هذه فقد أوجبنا
عليه لامرأته فريضة مثلها من مثله وان كان معسرا فلا شيء عليه ويكتب التاريخ ثم تكون
الفريضة لازمة له الا ان يثبت عدمه في غيبته كلها حتى قدم فلا يلزمه شيء

(القسم الثاني) في بيان المدعي من المدعى عليه (اعلم) ان علم القضاء يدور على معرفة
المدعي من المدعى عليه لانه اصل مشكل ولم يختلفوا في حكم مالكل واحد منهما وأن على
المدعي البينة اذا انكر المطلوب وان على المدعى عليه اليمين اذا لم تقم البينة وقد اختلفت
عبارات الفقهاء في تحديد المدعي والمدعى عليه قال القرافي المدعي من كان قوله على
خلاف اصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف وقال ابن شاس
المدعي من تجردت دعواه عن امر يصدقه او كان اضعف المتداعيين أمرا في الدلالة على
الصدق او اقترن بها ما يوهنها عادة وذلك كالخارج عن معهود والمخالف لاصل وشبه
ذلك ومن ترجح جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه فاذا ادعى أحدهما ما يوافق
العرف وادعى الآخر ما يخالفه فالاول المدعى عليه والثاني هو المدعي وكذلك كل من
ادعى وفاء ما عليه أورد ما عليه من غير أمر يصدق دعواه فانه مدع واختصر ذلك ابن
الحاجب فقال المدعي من تجرد قوله عن مصدق والمدعى عليه من ترجح بمعهود أو اصل
قال ابن عبد السلام والمعهود هو شهادة العرف والاصل استصحاب الحال وقال ابو عمر بن
عبد البر اذا اشكل عليك المدعي من المدعى عليه فواجب الاعتبار فيه أن ينظر هل
هو آخذ او دافع وهل يطلب استحقاق شيء على غيره أو ينفيه فالطالب أبدا مدع والدافع
المنكر مدعى عليه فقف على هذا الاصل وقال غيره كل من يريد الاخذ أو يطلب البراءة من
شيء وجب عليه فهو مدع * وكلامهم ونحوهم على شيء واحد وهو ان المتمسك بالاصل هو
المدعى عليه ومن اراد النقل عنه فهو المدعي غير انه يتعارض النظر في كثير من المسائل
من هو المتمسك بالاصل من الخصمين كما لو ادعى الزوج ان سيد الامة غره وزوجه بها وانكر

على رضاع ولدها فقد لبل ما في
المدونة انها ممنوعة من التزويج
حتى تتم مدة الرضاع وفي
كتاب الاستغناء اذا التزمت الام
حضانة بنيها وتزوجت فسخ
النكاح حتى يتم أمد الحضانة
قال بعضهم يريد قبل البناء
وقال الابهري شرطه باطل ولا
يجوز وتتزوج ان أحبت
والمعروف من قول مالك في
المستخرجة انها تتزوج وان
شرط عليها في عقد الخلع أن
لا تتزوج مدة الرضاع وقال
ابن نافع لا ارى ان تنكح في
الحولين اذا اشترط ذلك عليها
قال ابن رشد وقد قال مالك في
كتاب ابن المواز ذلك يلزمها
اذا اشترط ذلك عليها ولا
تنكح حتى تفطم مثل قول
ابن نافع وسيأتي على ما في
المدونة في المرأة اذا أجرت
نفسها ظئرا فليس لها ان
تتزوج انه ليس لهذه المختلعة
ان تتزوج في الحولين وان لم
يشترط ذلك عليها وفي سماع
عيسى انه ان كان يضر بالصبي
منعت وان كان لا يضر بالصبي
لم تمنع من التزوج قول رابع في
المسئلة قال وأما اشتراطه عليها
ان لا تتزوج بعد الحولين مدة
قريبة أو بعيدة فلا اختلاف
في ان ذلك لا يلزمها وان كان

ذلك في عقد الصلح كما لا يلزم ذلك الزوج ان شرطت ذلك عليه (وان) ولدت توأمين فعليها ارضاعهما السند
ولا عذر لها في ذلك انها لا تقدر على ارضاعهما وان انقطع لبنها فعليها ان تسترضع غيرها وان لم يكن لها شيء وأعطاها
الزوج ما تتقوى به على ذلك فله اتباعها به (ويكتب في عدمها) عقد يعرف شهوده فلانة ويعلمونها فقيرة عديمة لا يعلمون لها مالا

السيد فقال أشهب القول قول الزوج وقال سحنون القول قول السيد فتعارض في هذه المسئلة الاصل والغالب فالاصل عدم الغرور فيكون القول قول السيد والغالب عدم الدخول على زواج الاماء وعدم الرضا بهن وزواج الاحرار للاماء نادر فيقدم الغالب على النادر ومثل هذا كثير في مسائل الدعاوى وايضا فهنالك امور اختلف الفقهاء في ترجيح قول احد الخصمين على الآخر بسببهما كدعوى المرأة على زوجها الحاضر معها انه لم ينفق عليها فالقول قول الزوج عندنا لان العرف والغالب يشهد بصدقه وعند الشافعي القول قول المرأة تمسكا بالاصل لان الاصل عدم الانفاق وأمورا اتفقوا على الترجيح بهما كالقضاء بالنكول واعتباره في الاحكام فهو رجوع الى القرينة الظاهرة وقدم على أصل براءة الذمة ولكن قد يختلف النظر في تحقيق حصول ذلك المرجح في صورة النزاع (تنبيه) واجمعوا على اعتبار الاصل والغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه فان القول قول المدعى عليه وان كان الطالب اتقى الناس والغالب انه لا يدعي الا حقا واجمعوا على اعتبار الغالب والغاء الاصل في البينة اذا شهدت فان الغالب صدقها والاصل براءة ذمة المشهود عليه وقال المازري في شرح التلقين قال بعضهم المدعي من اذا سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من اذا سكت لم يترك وسكوته وقال آخرون المدعي من ادعى أمرا خفيا والمدعى عليه من تمسك بظاهر الامر وما ذكرناه من اختلاف الحدين المذكورين لا ينبغي ان يعتمد عليه الفقيه في كل مسئلة تعرض بل ههنا ما هو آكد واعتباره انفع مما قدمنا ذكره وهو استصحاب الحال فانها هي الاصل المعتمد عليه في مقتضى النظر ولا تردد في ذلك ولا اشكال اذا لم يعارض الحال الحال ولكن قد يعترض حالان استصحاب احدهما يضاد استصحاب الحال الآخر فههنا يقع الاشكال فيختلف أهل النظر من الائمة في تمييز المدعي من المدعى عليه ويفتقر كل واحد منهما الى ترجيح الحالة التي استصحبها الا ترى ان المذهب عندنا على قولين في مكري دارا زعم بعد اتفاقه هو والمكتري على أولها وآخرها أنها انهدمت شهرين على قول صاحب الدار وعلى قول المكتري تكون مدة الهدم ثلاثة أشهر فانه قيل القول قول المكتري لان الاصل براءة الذمة من المطالبة والغرامة فيستصحب ذلك واذا استصحباه كان المكتري هو المدعى عليه والقول الآخر أن القول قول المكري لان عقد الكراء أوجب دينا في ذمة المكتري والمكتري يدعي اسقاط بعضه فلا يصدق استصحابا للحال كون الكراء دينا في ذمته واستصحابا لكون الدار صحيحة وكذلك اختلف عندنا على قولين فيمن قبض من رجل دنانير فلما طالبه بها دافعها زعم انه انما قبضها عن سلف كان اسلفه لدافعها وقال دافعها بل انا اسلفتك اياها وما كنت أنت اسلفتني شيأ قط فان اعتبرنا الفرق بين المدعي والمدعى عليه بان المدعي من لو سكت ترك وسكوته وجدناه ههنا الدافع هو المدعي لانه لو سكت لترك وسكوته والقابض لو سكت عن جواب الطالب ما ترك وسكوته وان بنينا على الاصل الآخر وهو دعوى الامر الجلي

ظاهرا ولا باطنا ولا ما ينفق منه على نفسها وعلى ابنيها فلان الصغير وحالها متصلة على ذلك حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا * فاذا اثبت عدمها فان الوالد يستقر على ابنه ويرجع عليها بما أنفق على المشهور فان كانت حاملا ففي مسائل القاضي أبي الوليد بن رشد سئل في رجل اختلعت له امرأته واسقطت له مؤنة حمل الى فطامه ثم اثبتت انها عديمة أيلزم الزوج النفقة على الحمل أم لا يلزمه حتى تضع وكيف ان كانت قد أشهدت على نفسها انها موفورة الحال وانها متى اثبتت انها عديمة فذلك باطل * فاجاب اذا ثبت عدمها لزم الزوج الانفاق عليها ويتبعها بما أنفق اذا أيسرت وان كانت قد اشهدت بالوفر كما ذكر فلا تنتفع بما يشهد لها من العدم حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفر حالها الذي أقرت به (فان) عقد الخلع على اليتيمة أو غيرها ولي أو أجنبي فلها الرجوع على زوجها والطلاق ماض وهل يرجع الزوج على الذي عقد معه الخلع اذا لم يضمن ذلك أم لا في ذلك ثلاثة أقوال أحدها انه يرجع عليه وان لم يكن ضمن له لانه هو الذي ادخله في الطلاق وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب الصلح من المدونة وقول أصبغ في الواضحة والعتبية والثاني انه لا رجوع له عليه الا ان يلتزم له الضمان وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك رضي الله تعالى عنه في كتاب ارخاء الستور من المدونة وقول ابن حبيب أيضا والثالث انه ان كان أبا أو ابنا أو أخا أو من له قرابة للزوجة فهو ضامن والا فلا وهو قول ابن دينار وان عقدته المرأة وضمن للزوج وليها أو غيره ما يلحقه من درك في الخلع ثم ظهر ما يسقط التزامها من ثبوت ضرر أو عدم أو غير ذلك ففي ذلك قولان أحدهما ان الضامن يغرم للزوج ما التزمه والثاني انه لا شئ عليه وكذلك في البيع الفاسد (فان) تفاصل الزوجان فتكتب

ثم عقد للسكوت طلقها واحدة بسنة طلاق الخلع وحكمه ما نصه وتفرقا على تبرئة الذمم وتفاصلا في أسباب الزوجية وغيرها وتساقطا الدعاوى كلها والايمان وبينات السر والاعلان والاسترعا آت والاسترعاء فيها ما تكرر وتناهى فمتى قام أحدهما يطلب الآخر بطلب حق متقدم على هذا فهو باطل وان لم يكن في المفاصلة اسقاط البينة وقام أحدهما على الآخر بحق ثابت قبل تاريخ المفاصلة فانه يأخذ صاحبه به ولا يضره الاشهاد بانه لم يبق له على صاحبه دعوى ولا يمين لانهما لم يقصدا الى اسقاط البينة قاله ابن عتاب في الثاني من ابن سهل في دعوى شركة في زرع (واذا) اختلف الزوجان في المتاع فما كان من متاع الرجل فللرجل مع يمينه الا أن تقوم للمرأة بينة على اكتسابه أو حيازته وما كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها الا ان تقوم للرجل بينة كذلك وما كان مما يكون للرجال والنساء فهو للرجل مع يمينه لان البيت بيته ويده أقوى وهذا هو مذهب مالك رضي الله تعالى عنه وبه القضاء وقيل القول قول الرجل في جميع ذلك وقيل يقسم بينهما كل ما اختلفا فيه وروى عن سحنون انه قال ما كان من متاع النساء فهو للمرأة بلا يمين وما كان من متاع الرجال فهو للرجل بلا يمين وحكى ذلك عن ابن القاسم قال ابن رشد انما معنى ذلك اذا كان التداعي بين الورثة من غير تحقيق للدعوى في المدعى فيه فانها تكون اذ ذاك يمين تهمة وفي يمين التهمة قولان مشهوران ويرجع في ذلك كله الى العرف والعادة وكان ابن وضاح يجعل الخزى كله للرجل وفي كتاب الاستغناء قال المنا ور ان علمت الزوجة فقيرة فلا يكون القول قولها الا في قدر صداقها ولابن جماهر الطليطلي ان الدجاج يحكم بها للرجل مع يمينه اذا ادعاها (وفي) المدونة سئل مالك رضي الله تعالى عنه عن النسج تنسجه المرأة فيدعي الزوج أن الشقة له

أو الخفي فانا اذا استصحبنا كون الدافع بريء الذمة من سلف هذا القابض صدقنا الدافع وجعلناه هو المدعى عليه السلف الذي الاصل عدمه وان اعتبرنا حال القابض وأن الاصل ايضا فيه براءة ذمته فلا يؤخذ بأكثر مما أقر به جعلنا القابض هو المدعى عليه فما يعرض الاشكال الا عند تصادم مقتضى الاحوال فيفتقر الى ترجيح استصحاب أحد الحالين على الآخر وقد ذكر عن شريح القاضي انه قال وليت القضاء وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم الي فيه فأول ما ارتفع الي خصمان اشكل علي من امرهما من المدعي ومن المدعى عليه قال المازري ولعله اشار الى هذا الذي نبهنا عليه وللقاضي أبي الوليد ابن رشد في المقدمات في باب كراء الرواحل والدواب فصل في تمييز المدعي من المدعى عليه وضمنه فوائد تركنا ذكرها خشية الاطالة فبهذه الوجوه وما اشبهها صعب علم القضاء ودق ونبين ذلك بامثلة ذكرها القرافي وغيره

﴿فصل﴾ اذا بلغ اليتيم ورشد وطلب من الوصي ماله الذي له تحت يده فاليتيم فيما يظهر انه صار بسبب طلبه مدع وهو مدعى عليه والوصي المطلوب هو المدعي لرد المال فعليه البينة لان الله تعالى أمر الاوصياء بالاشهاد على الايتام اذا بلغوا ودفعوا اليهم أموالهم فلم يأتمنهم على الدفع بل على التصرف والانفاق خاصة فالوصي مطلوب وهو مدع واليتيم طالب وهو مدعى عليه وكذلك في دعوى الانفاق على اليتيم لا يقبل من قوله الا ما أشبه الصدق ﴿مسئلة﴾ وكذلك طالب الوديعة الذي سلمها بالاشهاد لانه لم يأتمن المودع عنده لما أشهد عليه فالقول قول صاحب الوديعة مع يمينه وان كان طالبا الا ان ظاهر حال المودع عنده انه لا يدفع ما أسلم اليه ببينة الا بالاشهاد ليبرأ منها والاصل أيضا عدم الدفع فاجتمع الاصل والغالب على تصديق صاحب الوديعة دون القابض لها ﴿مسئلة﴾ وكذلك القراض اذا قبض ببينة فان قبضت الوديعة أو القراض بغير بينة فالقول قول المودع عنده وقول العامل لان يدهما يدا امانة والامين مصدق ﴿فرع﴾ وكذلك مدعي حرية الاصل صغيرا كان او كبيرا يقبل قوله لان الاصل في الناس الحرية وانما عرض لهم الملك بسبب السبي بشرط الكفر والاصل عدم السبي ما لم يثبت عليه حوز الملك فتكون دعوى الحرية حينئذ ناقلة عن الاصل فلا تسمع الا ببينة لكونه مدعيا ولان العرف يكذبه ﴿فرع﴾ وأما مدعي العتق فانه يدعي انتقال الملك الثابت الى الحرية وذلك خلاف الاصل لان الملك الثابت صار أصلا فمن طلب الانتقال عنه فهو مدع وعليه البينة وأما اذا تجرد الاصل عن الظاهر وعن العرف كمن ادعى على شخص دينا أو غصبا أو جناية فان الاصل عدم هذه الامور فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لان الاصل يخالف الطالب ويعضد المطلوب الا أن يكون المدعى عليه بالغصب والجناية ممن اشتهر بذلك ونسب اليه فانه يكشف عنه كما سيأتي بيانه في باب القضاء بالسياسة وبهذا يظهر معنى قول ابن شاس المدعي هو اضعف المتداعيين سببا

فصل

قال على المرأة البينة أن الكتان والغزل كان لها وقال عيسى عن ابن القاسم ان النسج للمرأة وعلى الرجل البينة أن الكتان والغزل كان له فان أقام البينة كانت شريكته فيه هي بقيمة نسجها وهو بقيمة كتانه وغزله وما غزلته المرأة كانا شريكين فيه كذلك قال بعضهم بعد ان تحلف المرأة انها انما غزلته له (واذا) خرجت

الزوجة مع زوجها للقط السنبل وكان يحصد بالاجرة ثم تشاحا فان نقص من أجرته شئ بسبب لقطها معه رجع به عليها وكان ما التقطت لها

(فصل) ومن الامثلة التي يكون الطالب فيها مدعى عليه اذا ادعى قزاز ودباغ جلدا فان الدباغ مدعى عليه (ومنها) اختلاف الزوجين في متاع البيت فالقول قول الرجل فيما يشبه انه للرجال والقول قول المرأة فيما يشبه انه للنساء (ومنها) لو تداعى قاض وجندي رمحا كان الجندي مدعى عليه (ومنها) اذا تنازع عطار وصباغ في مسك أو صبغ قدم العطار في المسك والصباغ في الصبغ فينبغي ان يعتمد الترجيح بالعوائد وظواهر الاحوال والقرائن (تنبيه) قال القرافي خولفت قاعدة الدعوى في خمس مواطن فقبل فيها قول الطالب * أحدها اللعان يقبل فيه قول الزوج لان العادة ان الرجل ينفي عن زوجته الفواحش فحيث أقدم على رميها بالفاحشة مع الايمان قدمه الشرع * وثانيها القسامة يقبل فيها قول الطالب لترجحه باللوث * وثالثها قبول قول الامناء في التلف لئلا يزهد الناس في قبول الامانات فتفوت مصالحها وحفظها والامين قد يكون أمينا من جهة مستحق الامانة أو من قبل الشرع كالوصي والملتقط أو من ألقت الريح الثوب في بيته * ورابعها يقبل قول الحاكم في التجريح والتعديل لئلا تفوت المصالح المترتبة على ولاية الاحكام ويقبل قوله في مواضع عديدة سيأتي ذكرها في باب القضاء بعلم القاضي وخامسها قبول قول الغاصب في التلف مع يمينه لضرورة الحاجة لئلا يخلد في الحبس

(القسم الثالث) في ذكر الدعاوي واقسامها * وفيه فصول

(الفصل الاول) في بيان الدعوى الصحيحة وشروطها وكيفية تصحيح الدعوى (الفصل الثاني) في تقسيم الدعاوى (الفصل الثالث) في تقسيم المدعى عليهم (الفصل الرابع) في تقسيم المدعى لهم وما يسمع من بيناتهم وما لا يسمع منها (الفصل الخامس) في بيان ما يتوقف سماع الدعوى به على اثبات أمور (الفصل السادس) في حكم الوكالة في الدعوى وما يتعلق بها

(الفصل الاول) في الدعوى الصحيحة ولها خمسة شروط (الاول) ان تكون معلومة فلو قال لي عليه شئ لم تسمع دعواه لانها مجهولة قاله ابن شاس ولعله يريد اذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه وقد قال المازري في هذه الدعوى وعندي ان هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشئ وجهل مبلغه وأراد من خصمه ان يجاوبه عن ذلك باقرار بما ادعى عليه به على وجه التفصيل وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب أما لو قال لي عليه شئ من فضلة حساب لا أعلم قدره وقامت له بينة أنهما تحاسبا وبقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة وكذلك لو ادعى حقا في هذه الدار والارض وقامت له بينة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهي دعوى مسموعة وسيأتي كثير من هذا المعنى في باب القضاء بالشهادات الناقصة (مسئلة) قال المازري ومما ألحق بمسائل كون الدعوى معلومة ان من ادعى على سمسار انه دفع اليه ثوبا ليبيعه له بدينارين قيمته دينار ونصف فانكر السمسار ان يكون دفع اليه شيأ فان المدعي من حقه ان

(فصل) فان ادعت ان الخلع وقع عن اضرار بها فلها الرجوع فيما اختلعت به واسقطته اذا ثبت ذلك وان وقع في عقد الخلع أن ذلك كان دون اكراه ولا اضرار وانها اسقطت البينة المسترعاة وغيرها فلا يضرها ذلك اذا ثبت الضرر فان ادعت ذلك وقال الزوج ان ذلك كان عن اختيارها ورضاها ولم تكن لها بينة وذهبت الى احلافه فلا يكون على الزوج يمين الا بشبهة كالشاهد العدل قاله ابن المهندي ويثبت الضرر بوجهين بالشهادة القاطعة وبالسماع المستفيض (ويكتب) في الوجه الاول باسفل وثيقة الخلع عقد يعرف شهوده فلانا وفلانة الزوجين المذكورين في كتاب الصداق المقيد هذا بأسطره بالعين والاسم معرفة تامة ويعلمون ان فلانا لم يزل يضر بزوجه المذكورة في نفسها بالخبط والاذاية من غير ذنب تستوجب به ذلك وانه لم يزل يضر بها في مالها الضرر البين ولا يعلمونه اقلع عن ذلك الى ان وقع بينهما الطلاق والخلع المقيد بكذا وذلك بسبب الضرر المذكور وقيدوا على ذلك شهادتهم قال ابن القاسم وفي الشهادة القاطعة في ذلك نص المغيرة لانه مما لا يقطع به وقال أصبغ وذلك جائز اذا شهد به الشهود وقطعوا به * ويثبت أيضا بشهادة السماع الفاشي المستفيض على ألسنة اللفيف من

تسمع دعواه ههنا مع كونه لا يدرى ما يجب له على السمسار هل الثمن الذى سماه له وأمره ان يبيع به فباع به أو قيمة الثوب ان كان استهلكه أو عين الثوب ان كان لم يبعه ولا استهلكه وهذا لا ينقض الاصل لان الدعوى ههنا مسموعة وتعلقت بأمر معلوم فى أصله وما يتفرع عنه مما يجب فيه لا تضر الجهالة به فى أصل الدعوى لانه مطالب بعين الثوب أو بقيمته ان استهلكه أو برد ما ان منعه (مسئلة) ومما يجرى فى هذا الاسلوب مما اختلف فيه فقهاء الامصار فى المدعى أمرا معلوما هل يلزمه بيان شروط صحته أم لا قال المازرى رحمه الله وعندنا ان ذلك لا يلزمه بل ان ادعى رجل على رجل انه انكحه ابنته أو باع منه داره فانه لا يشترط فى سماع هذه الدعوى ذكر شروط صحة النكاح وصحة البيع ولا يلزم القاضى استفسار المدعى لذلك خلافا للشافعى رضى الله عنه فى النكاح خاصة فقد نص على انه لا تسمع الدعوى حتى يذكر المدعى شروط الصحة فيقول عقدت النكاح بولى وصداق وشاهدين بناء على أصله فى ان ترك الشهادة فى النكاح يفسده قال وهذا معترض بانه يلزمه عليه أستقصاء شروط الصحة كلها فى النكاح ككونه لم يقع فى عدة ولا فى احرام الى غير ذلك ولم يقل به ووافقنا فى دعوى الاعيان والديون فى الذمم انه لا يلزم الاستفسار فيها قال وقد اتفق على انه لا يلزم الاستفسار عن عروّ العقد مما يفسده فلا يجب ان يذكر فى دعوى النكاح انه لم يقع فى عدة ولا فى احرام ولا غير ذلك مما يفسد العقد لو ثبت فلا يلزم عندنا ذكر شروط الصحة ولا ذكر اجتناب شروط الفساد لان العقود أصلها الصحة حتى يثبت الفساد (الشرط الثانى) من شروط الدعوى ان تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته فانه لو ادعى رجل هبة وقلنا ان الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب باقرار أو انكار وان قلنا بالقول المخالف والقول الشاذ عندنا ان الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع عنها ما لم تقبض فان بعض الناس ذهب الى ان الجواب فيه لا يلزم لان المسؤل عن هذا لو قال ذلك وقال رجعت عنه فانه لا يلزمه مطالبته بشئ ولا فائدة فى الزامه ما لو اقر به لم يلزمه اذا رجع عنه وعلى هذا يجرى الامر فى دعوى انسان على آخر انه وعده بشئ يعطيه اياه على القول عندنا ان الواعد لا يجبر على الوفاء بوعده وكذلك الوصايا التى له ان يرجع عنها وكذلك التدبير على مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه الذى يرى ان له الرجوع عنه فان هذا الاصل ذهب بعض الائمة الى انه لا يلزم الجواب عنه حتى يضيف اليه ما يلزم المطلوب بما ادعى عليه فيقول فى الهبة يلزمك تسليمها الى وكذلك فى البيع على القول بخيار المجلس ويضيف اليه انه لم يقع الفسخ بعد العقد قال المازرى وهذا عندى انما يتجه على البناء ان الانكار لاصل الشئ لا يحل محل الرجوع عنه وعلى ان ما فيه الخيار بين امضائه أو رده محلول حتى ينعقد برفع السبب الموجب للخيار فاذا بنى الامر على هذا اتجه ما حكيناه عن بعض الائمة (الشرط الثالث) من شروط سماع الدعوى ان تكون مما يتعلق بها حكم او غرض صحيح * فمثال ما يتعلق بها حكم أن يدعى رجل على رجل بدين ويقيم

النساء والجيران (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا وفلانة معرفة تامة ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة اللفيف من النساء والجيران وغيرهم ان فلانا الزوج المذكور لم يزل يضر بزوجه المذكورة فى نفسها ومالها ويسى عشرتها ويتكرر ذلك لها منه المرة بعد المرة من غير سبب تستوجب به ذلك ولا يعلمون انه رجع عن ذلك بوجه الى ان اختلعت له الخلع المقيد بكذا وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا قال ابن فتحون فاذا ثبت الضرر حلفت ان خلعها لم يكن الا بالاضرار (ويكتب فى ذلك) عقد حلفت باذن القاضى فلان فلانة بحيث يجب وكما يجب يمينا قالت فيها بالله الذى لا اله الا هو لقد اضربى زوجى فلان الضرر المسمى فى عقد كذا وما كان اسقاطى لما أسقطت عنه فى رسم الخلع المقيد بكذا الا لاضراره بى واساءته الى وما كان ذلك عن طيب نفس منى ولا رضا به ومن حضر اليمين المنصوصة عن الاذن واستوعبها من الحالفة قيد على ذلك شهادته فى كذا وهذه اليمين ذكرها ابن فتحون فى كتابه وهى على مذهب المدونة ونص عليها ابن بطال فى مقنعه وابن بشير فى مسائله وهى من قول أصبغ فى سماعه ولابن القاسم فى سماع أصبغ من كتاب الشهادات نفى اليمين وعدم وجوبها وان كان الضرر ثبت بالسماع وفى الوثائق المجموعة لا يمين عليها الا أن يدعى الزوج عليها ما يوجب اليمين فان ادعى عليها شيأ يرى له وجه مثل ان يقول قد امكنتنى من نفسها بعد ذلك وشبهه حلفت الزوجة على ذلك فان استرعت المرأة فى الضرر قبل وقوع الخلع البينة واشهدت بذلك فلا يمين عليها باتفاق (ويكتب فى ذلك) عقد اشهدت فلانة على نفسها اشهادا استرعاء واستحفاظ للشهادة انها متى اختلعت لزوجها فلان بشئ مما لها عليه أو أسقطت عنه حقا من حقوقها أو التزمت له نفقة على أحد بنيها منه

البينة على ذلك وعدلت البينة فقال المطلوب للقاضي استحلف لي الطالب انه لا يعلم كون شهوده مجروحين فان هذا مما اختلف فيه العلماء هل تجب فيه اليمين أو لا تجب فمن لم يوجبها احتج بأن حقيقة الدعوى ان تكون متعلقة باستحقاق امر يستخرج من المدعى عليه وههنا لا يطلب من القاضي استخراج شيء من الذي شهدت له البينة بحقه وكذلك اختلفوا في المدعي اذا طلب يمين المدعى عليه فقال له المطلوب كنت استحلفتني فاحلف لي انك لم تستحلفني فمن ذهب الى استحلافه رأى ان المعتبر في هذا الاصل ان تكون الدعوى لو أقر بها المدعى عليه لا تنفع المدعي باقراره فيجب على هذا ان يحلف من أقام بينة وعدلت على انه لم يعلم بفسقهم ولا اطلع عليه اذا قال له المشهود عليه أنا أعلم بعلمك بفسق شهودك وكذلك اذا قال له احلف لي انك لم تستحلفني على هذا الحق فيما مضى لم يكن للمدعي ان يحلفه يمينا ثانية حتى يحلف وبهذا مضى القضاء في هذه المسئلة والفتيا عندنا ان يلزم المدعي اليمين للمدعى عليه انه ما استحلفه قبل ذلك أو يرد عليه اليمين انه قد استحلفه على هذه الدعوى ثم لا يحلفه المدعي مرة اخرى وقاعدة المذهب ان كل دعوى لو أقر بها المدعى عليه لا تنفع المدعي باقراره فانه اذا لم يقر وأنكر تعلقت عليه اليمين على الجملة ما لم يخرم بذلك أصلا من قواعد الشرع مثل ان يطلب المحكوم عليه القاضي باليمين أنه ما جار عليه أو يطلب المشهود عليه يمين الشهود انهم لم يكذبوا في شهادتهم فان هذا لا يختلف في سقوط الدعوى وكونها لا يلتفت اليها لانها تفسد قواعد الشرع في الاحكام ولا يشاء أحد أن يحط منزلة القاضي أو الشهود الا وادعى مثل ذلك حتى يؤدي ذلك الى الوقوف عن القضاء والشهادة واما تحليف القاضي للشهود فليس من هذا الباب وسيأتي ذكره في قسم السياسة (مسئلة) ويستثنى من هذه القاعدة دعوى المرأة على زوجها أنه طلقها ودعوى العبد على سيده انه أعتقه فان عندنا لا تتعلق اليمين بهذه الدعوى المجردة لاجل ان ذلك لو فتح فيه الباب لم تشأ امرأة ان تستحلف زوجها كل يوم مرارا الا وفعلت وكذا العبد مع سيده اذا ادعى عليه العتق فسقطت هذه الدعوى مع كونها مفيدة لو اقر بها المدعى عليه لاجل ما يتخوف من تكريرها مضارة حصول الاذى للازواج والسادات فاما قولنا او غرض صحيح فاحترازا من الدعوى بعشر سمسمة فانه لا ينبغي للحاكم سماع مثل هذه الدعوى ونص القرافي ان هذه الدعوى وشبهها لا تسمع لانه لا يترتب عليها نفع شرعي (الشرط الرابع) ان تكون الدعوى محققة فلو قال أظن ان لي عليه ألفا أو قال المدعى عليه في الجواب أظن اني قضيته لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم بالمجهول ولا ينبغي للحاكم ان يدخل في الخطر بمجرد الوهم من المدعي (تنبيه) وينزل منزلة التحقيق الظن الغالب لان الانسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه أو وجد ذلك بخطه أو بخط من يثق به أو أخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجرده وهذه الاسباب لا تفيد الا الظن دون التحقيق لكن غالب الاحكام والشهادات انما تبنى على الظن الغالب وتنزل

فليس ذلك عن طيب نفس منها وانما هو لاضراره بها وأساءته اليها وتعديه عليها ولرغبتها في الخلاص منه وانها متى تخلصت منه فهي مرتجعة فيما تسقطه وغير ملتزمة بما تلتزمه من ذلك ولا راضية به الا للوجه المذكور من الضرر وبها يشهد على اشهادها بذلك في كذا ولا فائدة لهذا الاسترعاء الا سقوط اليمين عنها وقد ذكر بعض المتأخرين ان الضرر لا يثبت حتى يقطع الشهود على معرفته والمعلوم ما تقدم ويثبت أيضا بالشاهد واليمين على مذهب من يحكم بالشاهد واليمين فتحلف مع شاهدها وينصرف عليها ما أسقطت لانه حكم في مال والطلاق ماض على كل حال ويثبت أيضا بصالحات الجيران والخدم اللواتي يدخلن عليها قال ابن الهندي في مقالات ابن مغيث وان شهد به شاهد على القطع وشهد معه بالسماع نفذ ذلك أيضا ويجزئ في شهادة السماع في ذلك شاهدان عدلان قاله ابن القاسم والشهود الكثيرة أحب اليه فان لم يكن غيرهما نفذ فان كان الزوج قد ضمن له أحد التبعة على المرأة فيما اختلعت ثم ثبت الضرر فاختلف في ذلك شيوخ القيروان وفي ذلك قولان أحدهما ان للزوج الرجوع عليه قاله ابن العطار في وثائقه وغلطه بعضهم في ذلك والثاني انه لا شيء على الضامن ولا على المرأة وهو مذهب ابن القاسم اذا ثبت انه كان يضربها لفساد الاصل وسواء علم الضامن بالضرر أو لم يعلم على مذهب ابن القاسم لا شيء عليه واذا ثبت الضرر للزوجة وهي في عصمة زوجها بأحد الوجوه المذكورة ولم يكن لها شرط في صداقها فهل لها ان تطلق نفسها كما تفعل اذا كان لها شرط أم لا في ذلك قولان أحدهما ان لها ذلك فتطلق نفسها والثاني انها ليس لها ان تطلق نفسها اذا لم يكن لها شرط حتى تشهد بتكرار الضرر فاذا شهد بذلك فوجب للسلطان النظر لا ان تطلق عليه ويجوز للشهود أن يشهدوا بمعرفة الضرر دون معاينة لا مشاهدة الا بالاستفاضة من قول النساء

منزلة التحقيق (الشرط الخامس) ان تكون الدعوى مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها والدعاوى باعتبار هذا المعنى ثلاثة انواع نوع تكذبه العادة ونوع تصدقه العادة ونوع متوسط لا تقضى العادة بصدقه ولا بكذبه (النوع الاول) ما تشهد العادة بكذبه كدعوى الحاضر الاجنبى ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبنى ويؤاجر مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من توقع رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعى ان له فيها حقا وليس بينهما شركة ثم قام يدعى انها له ويريد ان يقيم البينة على دعواه فهذا لا تسمع دعواه أصلا فضلا عن بينته لتكذيب العرف اياه (ومن ذلك) لو قال رجل لعبد هذا ابنى فانه يلحق به ما لم يكذبه الحس بان يكون اكبر منه سنا أو العرف بان يستيقن الناس انه ليس بولده مثل أن يكون الغلام سنديا والرجل فارسيا لم يدخل بلاد السند قال مالك فلا يلحق به أو يكذبه الشرع بان يكون مشهور النسب (ومن ذلك) دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب اليه ذلك ولا يليق به فلا تسمع تلك الدعوى وشبه ذلك (النوع الثانى) ما تصدقه العادة مثل أن يدعى سلعة معينة بيد رجل أو يدعى غريب وديعة على رجل صالح او يدعى مسافر أنه أودع احد رفقته وكالمدعى على صانع منتصب للعمل انه دفع اليه متاعا يصنعه له وكالمدعى على بعض أهل الاسواق المنتصبين للبيع والشراء انه باع منه أو اشترى وكالرجل يذكر فى مرض موته أن له دينا قبل رجل وأوصى أن يتقاضى منه فينكره المطلوب وما أشبه ذلك فهذه الدعوى مسموعة من مدعيها ويمكن من اقامة البينة على مطابقتها او يستحلف المدعى عليه ولا يحتاج فى استحلافه الى اثبات خلطة (النوع الثالث) وهو ما لا تقضى العادة بصدقه ولا بكذبه مثل ان يدعى الرجل دينا فى ذمة رجل أو يدعى معاملة فهذه الدعوى أيضا مسموعة من مدعيها ويمكن من اقامة البينة على مطابقتها فأما استحلاف المدعى عليه فليس له ذلك الا باثبات الخلطة بينهما وسيأتى ذلك

(فصل فى كيفية تصحيح الدعوى) والمدعى به أنواع فان كانت الدعوى فى شئ من الاعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى ان يبين ما يدعى ويذكر أنه فى يد المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الاجارة أو المساقاة أو غير ذلك ولا يشترط فى المدعى أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجبه الشرع قال ابن سهل اذا نقص المدعى من دعواه ما فيه بيان مطلبه أمره بتمامه وان أتى باشكال أمره ببيانه فاذا صحت الدعوى سأل الحاكم المطلوب عنها (تنبيه) قال المازرى فى شرح التلقين والدعوى على الغائب كالحاضر فيجب أن يذكر الحق ومقداره وجنسه وكون البينة تشهد به ويفصل الدعوى على حسب ما يجب فى دعوى الحاضر ولا يشترط عندنا ما قاله الشافعية فى الدعوى على الغائب انه يقول أن عنده بينة تشهد وان الغائب منكر لحقه ومتى ذكر انه مقر لم يقض له عليه قالوا لان البينة انما تطلب لاظهار ما خفى واما اذا كان مقرا فانه لا يحتاج اليها وان

وغيرهن ويقضى بالشهادة ويكون لها الاخذ بشرطها قال ابن حارث وليس الضرب وان صح اقامة البينة عليه ولا آثاره الظاهرة بالذى يدل على الضرر * وللمالك ان يؤدب مملوكه كما للاب ان يؤدب ابنه وكما للزوج أن يؤدب زوجته * وقد شج عبدالله بن عمر زوجته صفية وكما للمعلم ان يؤدب متعلمه وكما للحكام المقدمين للنظر بين المسلمين ان يؤدبوا الظالم بضروب التأديب ومقادير الذنوب مختلفة وكل من ولاه الله تعالى شيأ من ذلك فهو بما هو عليه ومصدق فيه الا ان يظهر تعديه فيضرب على يديه وان صح على المالك التعدى على مملوكه فى ادبه لم يبع عليه من أول مرة وانما يتقدم اليه بالزجر والكف فان تمادى على اضراره وصح ذلك فحينئذ يباع عليه قال الا أن يكون المالك من أهل الشر والتعدى معروفا بذلك مشهورا كاهل العربدة والفسق الذين لا يرجعون عما يفعلونه فان ثبت حاله مع آثار الضرب المشاهدة بالمملوك وجب أن يباع عليه ولا يكلف المملوك اثبات الضرر قال ابن زرب وقد كان بعض الشيوخ ببلدنا يفتى بأن تكرر المملوك بالشكية مما يوجب بيعه على مولاه قال وهذا اذا كان مجهول الحال فان كان من أهل الخير فلا يباع عليه الا بثبوت الضرر (وسئل) سحنون عن المرأة تشتكى ان زوجها يضربها وبها أثر ضرب ولا بينة لها على معاينة ضربها (فقال) انها يسئل عنها جيرانها فان قالوا ان مثله لا ينزع عن ظلمها واذاها أدبه وحبسه قيل فان سمع الجيران الصياح منها ولم يحضروا ضربه اياها فقال لاشك فى هذا انه يؤدب لان هذه الآثار لو شهدت كانت من غيره لشكاه ذلك وانكره ذكر ذلك ابن فتحون قال غيره وروى سحنون ان المرأة تطلق على زوجها اذا صنع بها من المثلة مثل ما يعتق به المملوك على سيده واذا ترددت المرأة فى شكوى ضرر زوجها به أمر جيرانها يتفقدون أحوالها فان لم

شهدت لم تقع الشهادة موقعها وان كانت الدعوى فى شئ فى الذمة فيبين قدره كما تقدم الا أنه لا يحتاج فى هذا الى ذكر أنه فى يده بل يذكر أنه ترتب فى ذمته من بيع أو قرض او سلم ونحو ذلك وان كانت الدعوى فى دار او عقار من الاراضى فيبين موضعها من البلد والمحلة والسكة ويقول ادعى على فلان ابن فلان هذا ان جميع الدار الموصوفة المحدودة بجميع حقوقها وحدودها ملك لى من جهة كذا وانها بيده بطريق كذا كما تقدم بيانه وسيأتى فى قسم الجواب عن الدعوى كلام ابن رشد ان المدعى عقارا بيد غيره اذا زعم انه صار اليه عمن ورثه عنه أن المطلوب لا يسئل عن شئ حتى يثبت الطالب موت مورثه الذى ادعى انه وصل اليه من جهته وفى المسئلة خلاف سيأتى وان كانت الدعوى فى دنانير ودراهم فى ذمة المطلوب او عن ثمن شئ من المثمونات فلا بد ان يذكر الجنس دنانير ودراهم والنوع مصرية أو مغربية والصفة صحاحا أو مكسورة والمقدار والسكة قاله القرافى فى القواعد وان كانت الدعوى فى شئ من ذوات الامثال فانه يذكر الكيل أو الوزن أو العدد ويبين من صفة ذلك ما ينضبط به ويتميز وان كانت الدعوى فى شئ من السلم أو القرض ذكر الصفات المعتبرة التى يضبطه بها أهل المعرفة وذلك يختلف كالتمر فانه أنواع فيذكر البرنى مثلا ويذكر الجودة والوسط وكذا سائر الالوان والقمح ايضا يتنوع وكذا الثياب والرقيق والدواب والخشب وغير ذلك فيذكر فى كل نوع ما ينضبط به ويتميز قال القرافى وذكر القيمة مع الصفة أحوط ولا بد فى ذكر الحيوان من تبيين اسنانه وشياته وجنسه وذكره أو انثى ويذكر فى الرقيق حليته وجنسه وسنه وانه خماسى أو سداسى أو محتلم أو مراهق أو امرد أو ملتح وان كانت الدعوى فى شئ من المقومات فيصفه وصفا تنضبط به قيمته وتعرف صفته عند أهل المعرفة وان كانت الدعوى فيما لا تضبطه الصفة كالجواهر فلا بد من ذكر القيمة من غالب نقد البلد قال القرافى ويذكر فى السيف المحلى بالذهب قيمته فضة والمحلى بالفضة قيمته ذهبا والمحلى بهما يذكر قيمته بما شاء منهما لانه موضع ضرورة وان كانت الدعوى بأنه أتلف عليه شيأ من ذوات الامثال أو غصبه اياه ولم يكن المدعى فيه قائما بعينه فلا بد من ذكر القيمة فى الدعوى وذكر الصفة وذلك مذكور فى باب الرهن وان كانت الدعوى فى شجة أو جرح ذكر موضعه وقدره وسماه ان عرف تسميته ليقف على ذلك أهل البصر به وان كانت الدعوى فى قذف ذكر لفظ القائل فليس كل شتم وسب يوجب الحد وان كانت الدعوى فى سرقة فانه يبين ماهى ومقدارها ويذكر الحرز الذى اخذها منه وانه خرج بها من الحرز ويذكر صفة الحرز فليس كل ما يظن انه حرز حرزا شرعيا وان كانت الدعوى فى الاخذ بالشفعة ذكر انه شريك للبائع فى ذلك المبيع ويذكر صدور البيع فى الحصة التى يريد أخذها بالشفعة وان كان المستشفعون جماعة ذكر أنه احدهم وان كانت الدعوى فى الرد بالعيب ذكر انه ابتاع كذا بكذا وكذا من مدة كذا وانه وجد به عيبا متقدما على أمد التبايع لم يعلم به وان كان البائع غائبا ذكر غيبته وهل هى بعيدة أو قريبة وان كانت

يكن فى الجيران من تجوز شهادته أمر بالسكنى بها بين قوم صالحين ولا يلزمه ان ينقلها من سكنى البادية الى الحاضرة ولكن يامره باسكانها حيث يجاورها من يشهد لها وكذلك ان كان فى طرف الحاضرة أمر بالسكنى بها فى موضع يتبين فيه حالها وكذلك اذا اشتكت الوحدة والوحشة ولم تشك الضرر فعليه ان يضمها الى موضع مؤنس الا ان تكون عرفت ذلك ودخلت عليه فلا يلزمه نقلها فان تبين الضرر للجيران من الزوج أدبه وزجره وان لم يتبين للجيران واشكل الامر كل الاشكال وطال ترددهما فلا يلزمه السكنى بها فى دار أمين على الاشهر وانكر ابن لبابة الامينة وقال لا يقضى بذلك الا ان يتفق الزوجان عليها وقال غيره يقضى بذلك اذا اشكل الامر وتكون نفقة الامينة على الزوجين وفى كتاب الاستغناء اذا ادعى الزوج الضرر من زوجته ودعا الى دار أمين كان له ذلك بأى وجه ادعى فان لم يظهر شئ للامين على قول من قاله بعث بينهما الحكمين ينظر لهما السلطان عدلين فقيهين من أهلهما ان كانا والا فمن غيرهما ويوجههما اليهما فيسألان كل واحد منهما عن حالهما وعما نقم من الآخر. ويستبطنان حالهما ويدخلان عليهما المرتين والثلاثة ولا يكونان معهما ملازمين حتى يصلحا بينهما ان امكنهما وان لم يمكنهما فرقا بينهما على أى وجه رأياه من اسقاط أو غيره مما يجتمعان عليه فان اختلفا فليس بشئ حتى يجتمعا على الحكم وينفذ ذلك السلطان (ويكتب فى ذلك) عقد حضر عند القاضى بمدينة كذا فلان وفقه الله تعالى فلان وفلانة وذكر انهما زوجان وشكا كل واحد منهما الضرر من صاحبه وطال ترددهما اليه وشكواهما فامر جيرانهما بتفقد أحوالهما فلم يتبين حالهما فاقتضى نظره ان بعث بينهما فلانا وفلانا الامينين بعد ان ثبت لديه زوجيتهما على أعيانهما فاستبطنا حالهما فلم يمكنهما بينهما

الدعوى في الزوجية فقال ابن شاس اذا ادعى انه تزوجها تزويجا صحيحا سمعت دعواه ولا يشترط أن يقول بولي وبرضاها بل لو أطلق سمع أيضا بل لو قال هي زوجتي كفاه الاطلاق وهذا الذي قاله ابن شاس حكم الطاريين أما لو كانا بالبلديين وادعى أنه نكحها بقرطبة مثلا نكاحا صحيحا فلا يسمع قاضي قرطبة الدعوى بينهما قبل ثبوت الزوجية عنده ويلزم القاضي الكشف عن صحة النكاح قبل الحكم فان لم يثبت واقرا بالوطء أقام القاضي عليهما الحد ذكره ابن سهل في كتابه وفيما ذكرناه تنبيه على مالم نذكره في سائر الابواب

(الفصل الثاني في تقسيم الدعاوى) والدعاوى ثمانية أنواع منها مالا يسمعه الحاكم ولا يلزم المدعى بسبب ما ادعاه شيأ ومنها مالا يسمعه الحاكم ويؤدب المدعي بسبب ما ادعاه ومنها ما يسمع الحاكم الدعوى به ويمكن المدعي من اقامة البينة على دعواه ولا يلزم الحاكم المدعى عليه بالجواب ومنها ما يسمعه الحاكم ويمنع المدعي من اقامة البينة على صحة ما ادعاه ويرى فيه القاضي رأيه ومنها ما يسمعه الحاكم ولا يلزم المدعى عليه الجواب عنها الا بشروط ومنها ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعي من اقامة البينة بما ادعاه ولا يحكم له بموجب ما شهد له به على الفور ومنها ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعي من اقامة البينة على دعواه ويلزم المدعى عليه بالجواب ومنها مالا يسمعه الحاكم ولا يمكن المدعي من اقامة البينة على صحة ما ادعاه ويلزم ما ادعى عليه به فهذه ثمانية أنواع (النوع الاول) الدعاوى التي يكذبها العرف والعادة وقد تقدم ذكرها (النوع الثاني) الدعاوى على أهل الدين والصلاح بما لا يليق بهم وسيأتي ذكرها في احكام السياسة (النوع الثالث) الدعاوى على الصغير والسفيه وسيأتي ذكر ذلك قريبا (النوع الرابع) الدعاوى على من تسور على مال غائب أو قريب للمدعي فيقوم رجل عند القاضي يدعي نيابته عن الغائب من غير وكالة ليحفظ للغائب أو لقريبه ماله وسيأتي ذلك (النوع الخامس) دعوى الرجل الدار والعقار على من هو حائزه فلا يلزم المدعى عليه بذلك الجواب الا بشروط يأتي ذكرها في فصل الجواب عن الدعوى في كلام ابن رشد وغيره (النوع السادس) دعوى الرجل أن المفقود أوصى له أو أوصى اليه فان القاضي يمكن المدعي من اقامة البينة على دعواه ويسمعها ويثبت ذلك له ولا يشهد له بما ثبت عنده لانه لا يجب له شئ الا بعد موت المفقود وهذه المسئلة تأتي قريبا (النوع السابع) الدعوى الصحيحة بشروطها المتقدمة (النوع الثامن) كمن ادعى عليه بوديعة فجحدها فاقيمت عليه البينة بها فادعى انه ردها وأراد اقامة البينة على ذلك فلا تسمع دعواه ولا يمكن من اقامة البينة على ما ادعاه ولها نظائر كثيرة مذكورة في فصل الدعاوى التي يسمع الحاكم البينة عليها والدعاوى التي لا يسمع عليها البينة

(الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم) وهم على أربعة أقسام دعوى على الحاضر المالك لامره ودعوى على الصغير والسفيه المولى عليه ودعوى على الغائب ودعوى في مال

الميت

الاصلاح ففرقا بينهما بطلقة بائنة على ان سقط عنه الكالئ أو على وجه كذا واعلم الحكمان المذكوران القاضي وفقه الله تعالى بما ظهر لهما وبما حكما به وثبت ما حكما به فامضاه وانفذه بعد الاعذار في ذلك الى من يجب كما يجب وشهد على القاضي بما فيه عنه من اشهده به بموضع نظره من كذا واشهد الزوجان بما فيه عنهما وحضر اعلام الحكمين القاضي بما حكما به من ذلك ووعاه منهما وقيد على ذلك شهادته في كذا (قال) ابن رشد لا اعذار في حكم الحكمين لانهما لم يحكما بشهادة قاطعة ولا يقوم على الزوج بالضرر اب ولا وصي ولا غيرهما الا بتقديم المرأة على ذلك لان لها الرضا بذلك

(فصل) فان ادعت المرأة على زوجها انه طلقها أو حلف يمينا بالطلاق وحنث فيها وأنكر هو ذلك فلا يمين عليه فان زعمت ان لها بينة فقال القاضي ابن رشد يوقف عنها يوما أو يومين وقال الباجي وغيره ثمانية أيام فان لم تثبت شيأ ردها عليه وان أقامت شاهدا واحدا عدلا وجبت عليه اليمين فان حلف ردت عليه وان نكل عن اليمين فقيل تطلق عليه وقيل يحبس عاما فان حلف والا أطلق ودين وبهذه الرواية القضاء وقيل يحبس أبدا حتى يحلف وتؤمر اذا ردت اليه بأن لا تتزين له ولا تتطيب ولا يأتيها الا وهي كارهة (ويكتب في ذلك) عقد حضر عند القاضي فلان وفقه الله فلان وفلانة وزعما انهما زوجان وزعمت المرأة ان زوجها المذكور طلقها طلقة واحدة أو انه حلف بالطلاق وحنث فيه وانكر هو ذلك فاثبتته بفلان فشهد عنده بما زعمته المرأة من الطلاق وتمادى الرجل على انكاره فاعذر اليه في شهادة الشاهد فلم يكن عنده فيه مدفع فوجبت عليه اليمين فحلف بحيث يجب وكما يجب انه ما طلق زوجته وأنها في عصمته واقتضت الزوجة يمينه على ذلك كما يجب وثبت ذلك كله عند القاضي وزوجيتهما على أعيانهما فنظر في ذلك نظرا

أوجب أن يدينه ويخلى بينه وبينها بعد الاعذار فى ذلك كله الى من يجب بما وجب ان يعذر به فلم يكن عنده من أعذر اليه فى ذلك مقال ولا مدفع وأمرها أن لا يأتيها الا وهى كارهة وشهد على القاضى بما فيه عنه من اشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا قال ابن فتحون وشهادة المرأتين فى ذلك تقوم مقام الشاهد العدل (وفى) مسائل ٤٠٧ القاضى أبى عبد الله بن الحاج سئل فى امرأة اقرت حال طلاقها ان زوجها كان قد طلقها طلقتين ثم اكذبت نفسها فقال اذا كان اقرارها بذلك فى العصمة فلهما ان يتراجعا بعد يمين المرأة ان ذلك الاقرار منها انما كان لامر تذكره من اساءة اليها منه أو بغض منها فيه وما أشبه ذلك مما يظهر به أمرها فى اقرارها فان نكلت عن اليمين لم يصح بينهما مراجعة لانها قد كملت لها الثلاث باقرارها ولو كان اقرارها بعد تصرم العصمة لما كان له ان يراجعها ولما صح ان يمكن فى ذلك من اليمين بوجه وبذلك ينبغى ان يكون الحكم (وطلاق) المريض نافذ وترثه المرأة ان مات من مرضه ذلك وان كان الطلاق بائنا أو كانت يمينا فى الصحة حنث بها فى المرض أو أوقعته المرأة بتمليك أو تخيير أو غير ذلك فان كانت هى مريضة فلا يرثها وحاضر الزحف حكمه حكم المريض وفى راكب البحر روايتان فان كان المرض مزمنا مثل الجذام والحزر ونحو ذلك فهو على الجواز لتصرفه بعلته وقلة الخوف عليه (ويكتب فى ذلك ما نصه) الآن المطلق مجذوم أو مريض مرض زمانة متصرف فى أموره جائز الفعل فان بلغت حاله مبلغ الاجضاع والخوف عليه فحكمه حكم المريض وفى مسائل ابن الحاج فى رجل طلق امرأته وتضمن العقد انه طلقها فى صحة فلما توفى اثبتت المرأة عقدا آخر أن الطلاق كان فى حال المرض متصلا بوفاته وثبت فى العقد الاول بشهود كثيرة انه كان يتصرف راكبا وماشيا فافتى باعمال عقد الصحة اذا لم يكن

الميت (القسم الاول) الدعوى على الحاضر الرشيد ويشترط فى صحة الدعوى عليه ما تقدم وذلك يغنى عن اعادته (القسم الثانى) الدعوى على الصغير والسفيه وليس للعلماء كلام ان يسمع الدعوى على من لا يصح اقراره فلا تسمع على السفيه ولا ينبغى للقاضى ان يسأله عن شئ مما يدعى به عليه ولا يكلفه فى ذلك اقرارا ولا انكارا وذلك فى مثل الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والابتياع والسلف والاباحة وأما ان كانت الدعوى مما يلزمهما فى أموالهما مثل ما يكون منهما على العداء كاستهلاك الشئ أو غصبه أو اختلاسه أو نهبه وكالجرح والقتل وما أشبه عمدا أو خطأ فانه يسمع البينة من المدعى ويكلفه اثبات صحة دعواه ويقضى بذلك فى اموالهما ان كان لهما مال أو يتبعان بذلك الا فى وجه واحد اختلف فيه وهو ما دفع من المال للسفيه ليختبر به فقال ابن القاسم لا يلحقه فيه دين ولا فيما بقى له لانه لم يخرج من الولاية بذلك وقال غيره يلحقه ذلك فيما أذن له فيه خاصة قال ابن القاسم ولو دفع أجنبى الى محجور له مالا يتجر فيه فما لحقه من دين فيه كان ذلك فى المال خاصة بخلاف دفع الوصى ولا يلزم ذمته ولا ذمة الدافع شيأ واذا فرعنا على القول بلزوم ذلك فيما بيده سمع القاضى البينة على بيعه أو اسلافه فان شهدوا على معاينة ذلك أنفذ وان كانوا انما شهدوا على اقراره لم يلزمه شئ الا أن يشهدوا ان اقراره كان بحضرة المبايعة وبفورها وان كانوا لم يحضروها لكنهم علموا ان ذلك كان فى مجلس التبايع وفى حينه فيجوز ويعدى رب الحق فيما بيد السفيه من المال بعد الاعذار الى وليه فيما ثبت عليه من ذلك (مسئلة) ومن أنواع المولى عليهم العبد فاذا ادعى عليه بما يوجب القصاص فيلزمه الجواب وان ادعى عليه بما يوجب الارش فيطلب الجواب من السيد وان ادعى عليه بما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد فان أقر وكان مأذونا فهو كالحر وان لم يكن مأذونا وقف اقراره على سيده فيرده أو يلزمه اياه فان اعتق قبل ان يعلم ما عند سيده لزمه الدين ولا يحكم القاضى عليه بالزام الدين ذمته حتى يثبت عنده ما عند السيد فيه من الزام أو اسقاط وذلك بعد ان يثبت عنده حال العبد من اذن أو حجر فان لم يثبت عنده شئ فهو على الحجر حتى يثبت عنده خلافه (مسئلة) قال ابن حبيب قال أصبغ فى الصبى الذى يدعى قبله أو فى يده شئ ان ابن القاسم قال فى ذلك لا ينبغى للقاضى ان يوكل عنه وكيلا يخاصم عنه ولست أقوله يعنى أصبغ ولكن الذى ينبغى للقاضى أن يوكل عليه وكيلا مفوضا اليه جميع أموره فتكون هذه الخصومة من اموره التى ينظر له فيها وفيما أشبهها لان حقا على القضاة ان لا يهملوا الايتام وانما الذى أكره له ان يوكل عليه وكيلا لهذه الخصومة ثم يعزله عنها وقال ابن الماجشون مثل قول أصبغ (القسم الثالث) فى الدعوى على الغائب وقد تقدم فى الركن الخامس فى المقضى عليه جملة من مسائله وهو على قسمين غائب عن مجلس الحاكم وغائب عن البلد فأما الاول فقال سحنون لا تسمع البينة دون حضوره الا أن يتوارى أو يتعزز بسلطان فيقضى عليه وسيأتى حكم ذلك فى باب مفردا وأما الثانى فقال

ابن عبد الحكم يشترط فى الحكم على الغائب وسماع الدعوى عليه ان يكون له بموضع الحكم مال أو وكيل أو حميل لانه لم يول على جميع الناس بل على بلد خاص وفى أسئلة الشيخين أبى عمران وأبى بكر بن عبد الرحمن ان الحكم على الغائب فى غير عمله جائز فى القسم اذا كان له فى موضعه ما يحكم عليه فيه وقال ابن القاسم فى المدونة سمعت من يذكر عن مالك انه لا يقضى على الغائب فى الدور وهو رأى الا فى البعيد الغيبة التى لا يمكن المدعى السير اليه لبعده وانقطاعه {تنبيه} ولا يسجل القاضى بتقليد دين فى ذمة الغائب الا أن يكون من أهل عمله ولا يضر ان سافر الى غير عمله أما ان استوطن غير عمله أو لم يسكن قبل ذلك فيه فحسبه أن يقيد بثبوت الدين لا الحكم بتقليده {مسئلة} قال ابن حبيب قال أصبغ عن ابن القاسم واذا ادعى رجل على غائب فى ماله حقا أو فى داره أو فى أرضه وغيبته بعيدة منقطعة فلا يوكل الحاكم وكيلا يقوم عنه بشئ ولكن ان تبين للقاضى حق على الغائب ورأى وجه حكم حكم عليه وذكر فى كتاب الحكم غيبته وانه قد ابقى له حجته فاذا قدم وتكلم فى ذلك وجاء بحجته نظر القاضى له فيها وقال المازرى فى شرح التلقين والدعوى على الغائب كالدعوى على الحاضر يجب ان يذكر الحق وجنسه ومقداره وكون البينة تشهد به وبفصل الدعوى على حسب ما يجب فى دعوى الحاضر وقد تقدم ذلك بزيادة فى تصحيح الدعوى {مسئلة} واذا كان الغائب على مسيرة اليومين والثلاثة والطريق مأمونة أعذر اليه فى الدين بعد ثبوته فاما قدم والا وكل فان لم يفعل باع عليه اصوله ويحكم عليه أيضا فى استحقاق الاصول والحيوان والعروض وجميع الاشياء من طلاق وغيره ولا ترجى له حجة وان كان بعيد الغيبة كعشرة الايام ونحوها حكم عليه فيما عدا الاصول دون اعذار وترجى له الحجة قال ابن القاسم ولا يقيم القاضى لغائب ولا لطفل من يقوم بحجته ابن رشد وقال سحنون وابن الماجشون يحكم على الغائب فى هذه الغيبة فى الاصول وغيرها ولا ترجى له حجة قال وعلى قوله ما فيوكل من يعذر اليه فى حقهما {بيان} والذى جرى به العمل ان القاضى لا يحكم على الغائب فى الاصول وانما يسمع من بينة القائم ويشهد بما ثبت عنده ولا ينزل المشهود له فى المشهود به أى لا يسلمه اليه وقال ابن الماجشون العمل عندنا انه يسمع البينة ويوقع شهادتهم فاذا حضر عرفه بهم واعذر اليه فيهم فان لم يكن عنده مدفع قضى عليه {مسئلة} وان كان بعيد الغيبة جدا أو مفقودا حكم عليه فى الاصول وغيرها قال ابن القاسم سمعت من يذكر عن مالك انه لا يقضى على الغائب فى الدور وهو رأى الا فى بعيد الغيبة كالاندلس أو طنجة {تنبيه} ولا يحكم على الغائب الا بعد يمين القضاء {مسئلة} فان لم يكن للغائب ببلد القائم مال يحكم عليه فيه وطلب من القاضى أن يخاطب له على حكمه عليه بالدين اجابه الى ذلك والخطاب يكون بالاشهاد أو بالكتاب أو بالمشافهة وسيأتى حكم ذلك فى القضاء بكتاب القاضى ومشافهته وسيأتى فى فصل الاعذار ما ينبغى للحاكم من تسمية الشهود الذين ثبت بهم الحق على الغائب والحكم اذا

للمرأة فيه مدفع قال وبذلك أفتى الفقهاء بقرطبة (يكتب) فى الرجعة من الطلاق الرجعى عقد ارتجع فلان زوجه فلانة من طلقة واحدة رجعية أوقعها عليها فى تاريخ كذا دون مؤامرتها بما وجب له من ذلك اذ لم تنقض عدتها واشهد بذلك من عرفه فى كذا (وان) كان فى العدة طول من مرض أو رضاع أو حمل أو غير ذلك (فتكتب) بعد قولك دون مؤامرتها ما نصه بما أوجب له من ذلك اذ لم تنقض عدتها لاستحاضتها أو لتمادى حملها أو لارتيابها من انقطاع حيضتها وبحضرها وتصديقها اياه على ذلك وشهد بذلك عليها فى كذا {بيان} لا يحتاج فى هذه الرجعة الى ولى ولا صداق ولا رضا من المرتجعة مادامت العدة فان صدقته فى بقاء عدتها نفذ ذلك وان اكذبته فى الفور وادعت انقضاء عدتها بالحيض فانها تصدق فيما يصدق النساء فى ذلك من المدة (واختلف) فى ذلك فقيل خمسة وأربعون يوما وقيل أربعون يوما وقيل شهر وهو ضعيف وان ادعت انقضاء عدتها بسقط قبل قولها وان كان بعد الطلاق بيوم ولا يمين فيه عليها ولا يلتفت الى تكذيب الجيران لها وهى مصدقة فى ذلك ومأمونة عليه فان سكتت بعد الارتجاع ثم قامت بعد ذلك لم تصدق عليه وتصح هذه الرجعة بالقول والفعل مع النية ولا تصح بمجرد النية ويستحب له الاشهاد فان اغفل الاشهاد حتى انقضت العدة لم يقبل قوله انه ارتجعها فى العدة سواء صدقته أو كذبته الا ان يثبت خلوته بها أو اقراره بذلك فى العدة (وتكتب) فى الرجعة من الطلاق المملك عقد راجع فلان زوجه فلانة من طلقة مملكة أو خلعية أوقعها عليها بعد البناء بها بمنذ كذا على ان بذل لها كذا قبضته أو برسم الحلول راجعها اليه باذنها ورضاها وتفويضها اليه ذلك والدها أو أخوها فلان وهى ثيب حل لم يراجعه عليها وشهد على

لم يسم الشهود ﴿مسئلة﴾ اذا كانت عند رجل كتب لغائب فقام رجل عند القاضي وذكر ان له في تلك الكتب حقا ومنفعة وسأله ان يأمر الرجل باحضار الكتب لينظر له فيها فان القاضي يأمر الذي عنده الكتب باحضارها وينظر فيها من ابن سهل في كتاب الاقضية

﴿القسم الرابع الدعوى على الميت﴾ ولا تسمع الدعوى في مال الميت الا بعد ثبوت وفاته وعدد ورثته فان أقر الوارث الرشيد بها ولم يكن ثم غيره لم يفتقر الى ثبوتها وان ثبت الدين بالشهادة وأعذر فيه للوارث وعجز عن المدفع حلف القاضي المدعي يمين القضاء انه ما اقتضى ذلك الدين ولا شيأ منه ولا سقط عن الميت بوجه وأنه لباق له عليه وفي تركته بعد وفاته الى حين يمينه هذه واعذاره به على الوارث ﴿مسئلة﴾ ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت أو الغائب أو اليتيم أو على الاحباس أو على بيت المال أو على المساكين وغير ذلك وسيأتي ذكر ذلك ﴿مسئلة﴾ ولو كان الورثة كلهم كبارا ولم يدعوا الدفع من الميت ولا منهم ففي كتاب ابن شعبان لا يلزم رب الدين يمين بخلاف الاصاغر وظاهر ما في النوادر خلافه وقال بعض الشيوخ لابد من اليمين مخافة طرو دين أو وارث آخر فان كانوا صغارا فلابد من ثبوت الوصية وصغر الورثة فاذا ثبت ذلك كانت الخصومة مع الوصي غير ان الوصي لا يكلف جوابا الا ان اقراره في ذلك أو انكاره غير عامل ولكن يحضر ليعلم من شهد على الميت ليكون ذلك أعون له في مدفع ان رامه ﴿مسئلة﴾ وان كان الوارث رشيدا ولم يخلف الميت مالا ظاهرا فله تحليفه انه لم يرث عنه شيئا

﴿الفصل الرابع في تقسيم المدعى لهم وما يسمع من بيناتهم وما لا يسمع منها﴾ وهم ستة أنواع ﴿النوع الاول﴾ من يريد اقامتها لصحة ما ادعى به لنفسه ﴿النوع الثاني﴾ من يريد اقامتها لصحة ما ادعى به لموكله ﴿النوع الثالث﴾ من يريد اقامتها لصحة ما ادعى به لقريبه أو جاره من غير وكالة له على ما قام فيه ﴿النوع الرابع﴾ من يريد اقامتها لصحة ما ادعى به على وجه الحسبة للغائب ﴿النوع الخامس﴾ من يريد اقامتها لصحة ما ادعى به لمن هو تحت ولايته من أب أو وصي ﴿النوع السادس﴾ من يريد اقامتها لصحة ما ادعى به لنفسه ولغيره ﴿النوع الاول﴾ من يريد اقامتها لنفسه * وقد تقدم ان الدعوى الصحيحة تمكن مدعيها من اقامة البينة على صحتها وقد يمنع من اقامتها في وجوه ﴿منها﴾ اذا استحلف المدعى المطلوب مع العلم ببينته الحاضرة ثم اراد القيام بها لم يمكن من اقامتها على خلاف فيه وهذا مبسوط في الباب الحادي والعشرين ﴿ومنها﴾ ان من ادعى عليه بدين من سلف أو ادعى عليه بقراض أو ادعى عليه بوديعة أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صدقة أو بحق من الحقوق فجحد ان يكون عليه شيء من ذلك فلما خاف ان تقوم عليه البينة بذلك أقر به وادعى فيه وجها من الوجوه يريد اسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك وان قامت له البينة على ما زعم آخرا لان جحوده أولا اكذاب لبينته فلا تسمع وان كانوا عدولا وكذا لو لم يقر بل لما جحد قامت عليه البينة فاراد أن يقيم البينة بما يبرئه من ذلك

المتراجعين والولي بما فيه عنهم في كذا ﴿بيان﴾ لابد في المراجعة من الطلاق البائن غير الرجعي من رضا الولي ورضا الزوجة ومن الصداق وهو كالنكاح سواء لانها اذا ملكت نفسها فقد صارت منه أجنبية الا انه يراجعها في العدة لانها عدته والماء ماؤه فان كانت مريضة أو حاملا قد بلغت ستة أشهر فازادا فلا يجوز عقد المراجعة عليها وان كان لها شرط في أصل الصداق فهي باقية ولازمة له بهذه المراجعة وان لم ينص عليها في المراجعة ولا يسقط ما بقي من ذلك الملك شيء حتى يطلقها بالثلاث وليس لها اسقاطها عنه وان كان الزوج سفيها أو عبدا فلا بد من اذن سيده في المراجعة من الطلاق البائن ولا يحتاجان الى ذلك ان كان الطلاق رجعيا ولهما الارتجاع دون اذن السيد والوصي الا ان يكون المحجور صغيرا فلا يراجع عنه الا وليه وان كان قد بنى لان بناءه لا يؤثر ووطئه لا يحل ولا يحصن ويعقد في مراجعته بمثل ما يعقد في المراجعة من الطلاق البائن

﴿النفقات للمطلقات وغيرهن وما اتصل بذلك﴾

لا نفقة للمطلقة على زوجها الا ان يكون الطلاق رجعيا فتلزمه النفقة الى تمام العدة وأما الطلاق البائن والمملك فلا يلزم الزوج فيه نفقة الزوجة الا ان تكون حاملا فتكون عليه النفقة بسبب الحمل ولا يحكم عليه بها قبل أن يتبين الحمل فاذا تبين الحمل أدى نفقة ما مضى وما يأتي قال ابن رشد والحد الذي يتبين فيه الحمل هو تحرك الولد على المشهور في المذهب (ويكتب في ذلك) عقد وقفت شهيدتاه من القوابل العارفات بأحوال النساء على بطن فلانة ولمستاه لمسا شافيا فتحققتا انها حامل ظاهرا قد تحرك وفشا وقيدتا بذلك شهادتهما في كذا ﴿بيان﴾ وقد روي عن مالك رضي الله تعالى عنه انه لا يحكم بالنفقة للحامل حتى تضع الحمل فتعطى اذ ذاك نفقة ما تقدم مخافة ان يكون ريحا فينفش والمشهور عنه ما تقدم وعلى

لم تسمع بينته الا فى بعض الوجوه وقد ذكرنا ذلك فى باب القضاء بالجحود (ومنها) لو انكر الوكيل قبض الثمن فقامت عليه البينة فقال تلف أو رددته لم تسمع دعواه ولا بينته لانه أكذبها (ومنها) من ثبت عليه حق بشاهد فقال للمدعى احلف مع شاهدك فقال أخشى ان أحلف وتدعى العدم فاشهد له بانه موسر فحلف المدعى ثم ادعى المطلوب العدم وأقام بينة على ذلك لم تسمع بينته لانه اكذبها وقد تقدمت هذه المسئلة (ومنها) قال ابن الماجشون فيمن تصدق بارض على رجل ثم غاب المتصدق فاراد المتصدق عليه أن يثبت صدقته عند السلطان ليحوزها ويحققها فلا ينبغى للحاكم أن يسمع من بينته على مثل هذا حتى يدفعه عن قبض ذلك دافع مثل ذلك الرجل أو وكيله أو زوجته فان قال أحد من هؤلاء خرج عنا صاحبنا ولا نعلمه تصدق بشئ فعند ذلك يضرب الاجل للغائب على قدر مسافة سفره وبعد غيبته فاذا انقضت ولم يأت سمع من بينته فاذا تحقق أنه حق دفع اليه ذلك وثبتت العطية ولا نرى أن توقف الارض وكراؤها لينظر حال الغائب ان كان حيا يوم قبضها أو ميتا بل يمضى له صدقته بما ظهر من حقيقتها ثم ان ادعى ورثته بعد ذلك أن صاحبهم مات قبل حوز الصدقة بالحكم واثبتوا ذلك ببينة قامت على التاريخ ردتها ميراثا والا فقد نفذت لصاحبها وقال مطرف لا نرى ان يحكم فيها ولا ينظر فيها بشئ حتى يقدم الغائب وليست الصدقة فى الحكم بها على الغائب كغيرها من الحقوق وقال أصبغ أرى أن يسمع من بينته فاذا حقت له الصدقة أوقفها وكراءها لينظر الغائب أحى هو يوم الحكم أو ميت فان كان يومئذ حيا دفعها اليه وما اجتمع من كرائها وان كان ميتا كانت وما اجتمع من كرائها ميراثا عنه لورثته قال ابن حبيب وقول ابن الماجشون أحب الى لانه على الحياة حتى يثبت موته (ومنها) اذا حل القاضى بغير عمله فاتاه قوم من أهل عمله يسألونه ان يسمع من بينتهم على رجل فى عمله فليس له ذلك لانه ليس والى ذلك البلد فليس له أن يسمع من بينته فيها ولا ينظر فى بينة أحد ولا يشهد عنده أحد الا فى بلده قال اصبغ الا أن يبعث الامام القاضى الى بلد لامر ينوبه من أمر العامة فيأتى اليه رجل فيذكر ان له حقا على رجل من أهل عمله وبينته فى هذا البلد ويسأله أن يسمع منهم فله ذلك (ومنها) اذا أوصى المفقود لرجل بوصية أو اوصى اليه وادعى الموصى له بذلك جاز للقاضى ان يسمع من بينة الموصى له ويثبت له حقه قبل تموت المفقود قال ابن حبيب وقال مطرف وابن الماجشون لا يسمع من بينته ولا يشهد له على ما ثبت عنده من ذلك لانه لا يجب لهذا الا بعد ان يموت المفقود وليس من الصواب ان يسمع القاضى من بينة رجل على أمر لا يحكم له به اليوم وانما ينبغى لهذا ان يشهد على شهادة شهدائه وأصل هذا انه لا ينبغى للقاضى ان يقبل من أحد بينة الا على أمر يدافع عنه أو يخاصم فيه أو يطلب اخذه يوم تقوم بينته وهو شأن الحكام عندنا قال ابن حبيب وهذا أحب الى وبه أقول (ومنها) قال ابن حبيب قال لى مطرف وابن الماجشون فى الرجل يكون فى يده الحكم من السلطان أو الشراء لمنزله أو عبده أو ما أشبه

المشهور اذا انفش رجع عليها بما أخذته وقيل لا يرجع عليها اوان دفع النفقة لها تطوعا ففى رجوعه بها أيضا عليها قولان وان مات الزوج انقطعت النفقة عليها وقيل لا تنقطع كالسكنى • وأما المتوفى عنها اذا كانت حاملا فلا نفقة لها بوجه وفى أم الولد قولان مشهورهما لا نفقة لها (وأقل) مدة الحمل باجماع من العلماء ستة أشهر أى انه لا يتم بعد الوطء الا فى ستة أشهر فان ولد لاقل من ذلك لم يلحق بالزوج قال ابن القاسم وقد يكون الشهر السادس منها من تسعة وعشرين يوما وأنكران يكون فى أكثر قال ابن دينار يلحق به وان نقص ليلتان أو ثلاث قدر ما بين الاهلة قال القاضى أبو الفضل عياض فى التنبيهات وقد وقعت قديما بفاس امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوما فاختلف فيها الفقهاء والصواب ان لا يلحق هنا اذ لا يصح توالى ستة أشهر نقص وبه أفتى من فقهائنا أحمد بن القاضى ومحمد بن العجوز وعبد الله بن المسلى وخالفهم أبو على القيسى وقد تعرض عوارض فيقعد الولد الى اثنى عشر شهرا وأكثر (واختلف) العلماء فى أكثر مدة الحمل فقيل سنتان وهو قول أبى حنيفة وقيل أربعة وهو قول ابن القاسم ومشهور قول الشافعية وقيل سبعة أعوام وهو مروى أيضا عن الشافعية والمالكية وقال مالك رضى الله تعالى عنه خمسة أعوام وبه القضاء والحكم عند المالكية وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب المشهور فى أكثر مدة الحمل أربعة أعوام وقال الزهرى ست سنين وسبع سنين فاذا ولدت بعد مدة أكثر الحمل لم يلحق الولد بالزوج قلت الزيادة أو كثرت ذلك وفى كتاب النفقات لابن رشيق كتبت الى الفقيه أبى محمد بن دحون بقرطبة أسأله عن امرأة طلقها زوجها طلقة مباراة فادعت انها حامل منه وثبت الحمل فانفق عليها أكثر من عام ولم تضع فوقفها عند الحاكم فقالت ان الجنين فى بطنى وهو فيه ميت فكتب الى

ذلك فيقوم به الى سلطان موضعه ليسمع من بينته ويحيى له ذلك بالاشهاد عليه والامضاء
له ان كان الذى بيده حكما فلا ينبغى للسلطان ان يفعل ذلك لاحد حتى يعارض فيه
بخصومة أو دعوى أو ما أشبه ذلك ولكن يأمر صاحبه يحييه بالاشهاد على شهداء حقه
أو شهداء كتابه ان أحب الا أن يكون طرأت له البينة على ذلك الحق من غير ذلك البلد وقل
من يعرفهم ويعدلهم فيسأل أن يسمع منهم قبل تفرقهم ويحيى له حقه بهم قبل موته وفوات
من يشهد له عليه ولانه يجد الآن من يعدل به شهداء الطارئين عليه عند السلطان ممن
يعرفهم السلطان ولا يمكنه ان يحييه لذلك بالاشهاد على شهادتهم لان من يشهد على
شهادتهم لا يعرفونهم ولا يجوز ان يعدلهم عند أولئك الذين أشهدهم على شهادتهم فمثل
هذا ينبغى للامام ان ينظر له فيه ويحيى له حقه ويشهد له على ذلك ويذكر فى كتاب
الاشهاد انه لم يخاصمه فى ذلك أحد ولا قطع به حجة أحد يقوم بها عليه فيه بعد اليوم وما
أشبه ذلك من تحقيق الحق واظهار ما يتقى من عورة فينظر فيه أو يكون حكما قد خرجت
وثيقته وأشفق منها على ذهابه ولا يجد السبيل على احيائه الا بالسلطان فانه ينظر له فى
احيائه بما يرى ويشهد فيه انه لم يخاصمه أحد ولم يقطع بالذى فعل حجة أحد يدعى فيه
حقا بعد اليوم (ومنها) قال ابن حبيب قال لى اصبغ لا ينبغى للقاضى اذا عزل الوصى لامر
كرهه منه أو لعذر رآه فيه ان يكتب له براءة مما جرى على يديه قبل ذلك مما زعم انه انفقه
عليه وان أتاه على ذلك ببينة فلا يسمعها حتى يبلغ اليتيم مبلغ الدفع عن نفسه ولكن ان
أخذ القاضى منه مالا لليتيم كان فى يديه عند عزله اياه كتب له براءة منه وأخذه منه
(ومنها) ان من ادعى على صغير او سفيه بدين من معاملة أو بيع أو ابتياع أو سلف فلا يسمع
الدعوى عليه ولا يمكن من اقامة البينة وقد تقدم هذا (ومنها) ان من كانت له دعوى
فأجله الحاكم وأعذر اليه ثم عجزه فانه لا يسمع منه بعد ذلك حجة ولا يمكنه من اقامة بينة فيما
ادعاه الا فى مواضع مخصوصة ذكرتها فى فصل التعجيز (ومنها) ان من كان معلوم الملاء
ظاهر الغنا وللناس عليه ديون ثم ادعى الفلس وطلب ان يقيم بينة على فقره فان القاضى
لا يسمع منه بينة بالعدم وانما يسمع بينته بانه ذهب ما بيده وحكمه الضرب والحبس حتى
يؤدى ما عليه (ومنها) أن من عليه دين منجم أدى بعضه ثم ادعى العجز فلا تسمع بينته
الا أن يأتى ببينة بذهاب ما بيده ذكر هذا وما قبله اللخمى والمازرى (ومنها) الرجل يطلق
زوجته ثم تطلب منه نفقة أولاده فيدعى العدم فلا تسمع بينته الا أن يأتى ببينة بذهاب
ما بيده لانه كان بالامس ينفق عليهم وعلى زوجته فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه
انظر اللخمى ﴿النوع الثانى﴾ من يريد اقامة البينة على صحة ما ادعى به لموكله ﴿مسئلة﴾
ومن وكل وكيلا على طلب عبد له أبق فادركه الوكيل فى يد المشترى فاراد ان يقيم البينة انه
للذى وكله لم يمكن من ذلك لان الرجل قد يوكل على طلب الآبق ولا يوكل على الخصومة
فيه فلابد ان يثبت الوكالة على الخصومة فيه وانه هذا العبد بعينه ويشهدوا على الصفة كما

بحبا وباذا مات الجنين فى بطنها كما زعمت فقد انقطعت النفقة اذ كانت النفقة بسبب الجنين وقال به أيضا الفقيه أبو محمد بن
الشقاق وزاد قال وانقضاء عدتها منه بالوضع واذا مضى لها ثلاثة أشهر فقالت ان عدتها لم تنقض وكانت متهمة حلفت سواء
كانت فى ولاية أو فى غير ولاية فان الدعوى عليها فى بدنها وتمادت فى عدتها الى ١١١ انقضاء السنة وللزوج احلافها فى كل
ثلاثة أشهر فاذا انقضت السنة نظر اليها النساء فان أحسسن ريبة حلفت ان عدتها لم تنقض وتمادت فى السكنى الى انقضاء خمسة أعوام فينقطع سكناها وكذلك اذا لم يوجد بها ريبة عند انقضاء السنة انقطع سكناها وتمادت فى عدتها ﴿وفى كتاب﴾ الاستغناء اذا خاف الزوج ان تحبسه المرأة الحيض لتمام العدة وكانت ممن يتهم فله ان يجعل معها امرأة صالحة ترقب ذلك منها وتتعرف أحوالها ويعمل عليها ولابن سحنون من سؤال حبيب فيمن طلق امرأته فوجب لها المقام فى منزله فى العدة فتريد ان تكون معها أمها أو قريبة لها أو ختنتها فمنعها الزوج من ذلك فلها ذلك ولا تترك وحدها قال فى الاستغناء ليس لها ان تسكن معها أكثر من امرأة واحدة بخلاف المكترى فله ان يسكن معه من أراد لانه يعطى الكراء على منافع الدار قال غيره وكذلك للزوج ان يسكن معها فى الدار امرأة صالحة ان كان له فى الدار متاع يخافها عليه فان لم يجد فعليه اخراج متاعه وان كان فى الدار فضل عن سكنى الزوجة فله ان
يكريها لنفسه ما لم يضر بها قال الابهرى وله ان خافها على نفسها فى العدة ان يكترى لها اجيرة تكون معها الى انقضائها
وللحامل المطلقة طلاقا قاطعا كامل النفقة والكسوة كالرجعية قال مالك رضى الله تعالى عنه وينظر الى قدر ما بقى من مدة
الحمل من حين الطلاق فيفرض لها قدر ذلك من الكسوة ثمنا وتعطاه دراهم وان كانت عليها كسوة حين طلقها نقمت عليها

وصف لهم صاحب العبد لانه قد يكون للرجل العبد فيبيعه ثم يكون له آخر فيأبق فلعل هذا العبد قد باعه سيده وليس هو الذى ابق منه قال مطرف وابن الماجشون ولو أشهد هم انه قد وكله على الخصومة فى كل عبد له لكان جائزا أيضا وتم الوكالة ثم تشهد له البينة ان هذا العبد عبد فلان لا يعلمونه باع ولا وهب ثم ينظر السلطان فى غيبة الموكل ولا يحلف الوكيل فان كانت قريبة يجلب من مثلها الى اليمين امر أن يؤتى به حتى يحلف وان كانت بعيدة كتب القاضى الى امنائه بالذى ثبت عنده لصاحب العبد وامر من كتب اليه ان يحلفه ما باع ولا وهب ويفعل ذلك المكتوب اليه ويقضى به للموكل وقال اصبغ ان كانت الغيبة بعيدة جدا قضى به للموكل ولم يحبس عليه باليمين ﴿مسئلة﴾ واذا أتى الوكيل الى القاضى بشهود الحق الذى وكل عليه وأراد أن يسمع القاضى من بينته قبل ان تثبت وكالته عنده فاختلف فى سماعها فاما ابن القاسم فقال ان خاف ان يجرح الشهود وكان لما سأله وجه سمع بينته ثم يثبت الوكالة بعد ذلك والا لم يسمعها حتى يثبت وكالته وأما على قول مطرف وابن الماجشون ان القاضى لا يقبل من أحد بينة الا فى حال يحكم بها للطالب أو يدفع عن المطلوب فانه لا يسمع البينة حتى يثبت وكالته وان خشى غيبتهم اشهد على شهادتهم ﴿مسئلة﴾ واذا وكلت المرأة رجلا على عقد نكاحها من رجل فعقده ثم قام على الزوج يطلبه بالحال من صداقها وطلب مخاصمته فى ذلك عند القاضى وأراد اقامة البينة انه وكيلها لم تسمع دعواه ولا بينته الا أن يأتى ببينة تشهد له على التوكيل فى قبض الصداق لان عقد النكاح لا يستلزم قبض الصداق ﴿مسئلة﴾ وكذلك الوكيل على بيع الدار أو العقار اذا أراد قبض الثمن من المشترى وأراد ان يقيم البينة انه وكيل على البيع لم يمكن من ذلك لان العرف والعادة ان وكيل البيع فى الدور والعقار لا يقبض الثمن فليس له ذلك الا بتوكيل خاص على قبض الثمن الا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بان متولى البيع يتولى قبض الثمن فيجزيه اقامة البينة على الوكالة على البيع وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فان له قبض الثمن والمطالبة به انظر التقييد على التهذيب والطرر عليه أيضا فى كتاب النكاح فى المدونة فى باب الصداق ﴿مسئلة﴾ وفى أحكام ابن سهل وسئل سحنون عمن وكل رجلا على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك الا بعد سنتين وقد انشب الخصومة قبل ذلك ثم أتى بالبينة أو لم ينشب خصومة ولم يعرض فى شئ حتى مرت به السنتان ثم قام بعد هما يطالب بتلك الوكالة القديمة فهل له ان يقيم البينة ويخاصم فى ذلك أم يجدد الوكالة فقال سحنون يبعث الحاكم الى الموكل يسأله أهو على وكالته أو خلعه عنها وان كان الموكل غائبا فهو على وكالته قال ابن سهل رأيت بعض شيوخنا يستكثر امساكه عن الخصومة ستة أشهر ونحوها ويرى تجديد الوكالة ان أراد الخصومة ﴿النوع الثالث﴾ من يريد اقامة البينة لصحة ما ادعى به لقريبه أو جاره قال ابن حبيب وأخبرنى مطرف عن مالك رضى الله تعالى عنه فى الرجل يتعلق بالرجل فى بعض المواضع فيدعى

الى ... لم تكن بساحل وأراد أخذ الكسوة فان كان مضى لابتياعه الكسوة ثلاثة أشهر فما فوقها فليس له أخذها ويقضى له فيها وان كان أقل من ذلك فهى للرجل وفى كتاب الاستغناء قال المشاور الواجب ان يكون لها أخذ الكسوة بكل حال كانت وهو قول أكثرهم وقول مالك رضى الله تعالى عنه وهذا استحسان فان تنازعا فى الكسوة التى عليها فادعى الزوج انها له وقالت المرأة انها امتاعها فان كانت من كسوة البذلة فالقول قوله مع يمينه وان لم تكن من كسوة البذلة فالقول قولها مع يمينها وقال ابن سحنون القول قول المرأة على كل حال لانها ماسكتها وان ادعا أنه كساها اياها بعد الطلاق فالقول قولها وهو المدعى فى ذلك فان كانت الحامل مرضعا فلها مع نفقة الحمل أجرة الرضاع على المشهور ولها أيضا السكنى حتى تضع ولا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع حتى يخرج من الرضاع وحينئذ يكون عليه السكنى له وفى الأول لابن سهل خلاف ذلك واذا سكنت الحاضنة دارا على القول بأن على المحضون حظه من الكراء فانما يطرح حظه من كراء البيت وحده لا من جميع الدار ويكون أيضا عليه اخدامه بعد تمام الرضاع ان كانت حاله تتسع لذلك ولا خدمة للحامل المطلقة ولا للمرضع على زوجها وان كانت مخدمة قبل الطلاق قاله ابن عتاب وبه جرى العمل قال الان المرضع تزاد فى الاجر بسبب اشتغالها بالولد قال ابن سهل وفى كتاب ارخاء الستور من المدونة خلاف ذلك ﴿وفرض﴾ النفقة على قدر حال الزوج وكذلك أجرة الارضاع (فان) قال انه لا يقدر على اداء ما فرض عليه وذهب الى اثبات حاله (فيكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمونه ضعيف الحال نادى الاقلال مقدورا عليه فى رزقه غير قادر على أداء ما فرض عليه لزوجه المذكورة فلانة بسبب الحمل الذى بها منه أو بسبب ارضاعها

ان لابيه عليه دينا انه يمكن من ايقاع البينة عليه بغير توكيل قال مطرف وذلك اذا كان
المدعى له قريبا فاذا أتى بالبينة أعذر اليه السلطان بالمال فاتى به ووقفه للغائب وضرب
له أجلا فان جاء فطلبه أخذه وان قال كنت تقاضيته أو لم يأت الاجل رد الى الغريم وان كان
بعيدا لم يوقف له شئ ولم يعرض للغريم الا بتوكيل يثبت للولد أو تفويض اليه فى أمور أبيه
والقيام له ولو كان مقرا بالدين ترك ولم يعرض له كانت غيبة الاب قريبة أو بعيدة الا ان
يثبت توكيل الولد فيأخذه ولو كان حين عجز الغريم عن الدفع ومكن المدعى من اقامة
البينة أقام شاهدا واحدا وعجز عن الآخر حلف الغريم بالله انه برئ من هذا الدين فان
حلف برئ الآن من العرضة له فاذا قدم الغائب حلف مع شاهده واتبعه بهذا الحق وان
لم يحلف صاحب الحق فعن حقه نكل اما لو نكل الغريم عن اليمين أخذ منه الحق معجلا ثم
أوقف المال كما تقدم فاذا قدم الغائب أخذه بلا يمين (مسئلة) قال ابن حبيب قال مطرف
فى رجل ادعى عند القاضى ان منزلا لابن عمه أو قريبه لجار له غائب فى يد رجل قد خشى
عليه التوا والهلاك فسأل القاضى توكيله له ليخاصمه فى ذلك فان مالكا كتب فى هذا
الى ابن غانم القاضى بافريقية ان لا يقبل للقائم حجة الا بوكالة من الغائب وقال أصبغ
كذلك سمعت ابن القاسم يقول ويذكره عن مالك رضى الله تعالى عنه وزاد ابن القاسم
ولا بأس على القاضى بأن يأمر الذى يرفع اليه ذلك بأن يثبت مال الغائب عنده بالبينة
ويسمع منها ويكتب للغائب بذلك كتابا ويطبع عليه ويشهد له بما فيه فتى قام الغائب
يوما ما عند هذا القاضى الذى كتب له بذلك أو عند غيره وان كان قد مات شهوده لنفذ له
ذلك الكتاب بما اشهد القاضى من ثباته (مسئلة) فى الرجل يهلك بالقيروان ويترك
زوجته وأخا له غائبا بالاندلس ويخلف متاعا وحيوانا ودورا فأرادت المرأة بيع ذلك
وادعته فقام ولد الاخ الغائب فطلب ان يثبت ذلك للميت فقال مالك اذا ثبت عند القاضى
ان الهالك مات وأخوه حى فانه يمكن هذا القائم من مخاصمة المرأة واثبات ذلك للميت فما
ثبت مما يصير للغائب لم يدفع لولده ولكن يوقف له (مسئلة) وأما الاخ يقوم لاخيه والجار
يقوم لجاره فليس لهما ذلك الا ان يكون ذلك فى العبد أو الدابة أو الثوب يدعيه فى يد الرجل
لابيه أو ابنه أو لاخيه أو لجاره على وجه الحسبة والحبس عليهم وكلهم غائب فأرى أن يمكن
فى مثل هذا من ايقاع البينة لهؤلاء كلهم لان هذه أشياء تموت وتحول وتغيب فان أقام
بينة قاطعة أو شاهدا واحدا دعاه السلطان بحميل بقيمة ذلك الشئ بعد ان يذكر صفته فى كتاب
ويشهد عليه كما يشهد على الحكم ويضرب فيه أجلا للغائب فان أتى الى ذلك الاجل حلف
بالله ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه ولا عن يده بوجه حق وأخذه هذا اذا كان قد
قامت له شهادة قاطعة وان كان انما قام له شاهد واحد حلف مع شاهده ان حقه لحق وانه
ما باع ولا وهب ولا خرج ذلك من يده بوجه حق وقال ابن الماجشون لست أرى ان امكن
أحدا من ايقاع البينة على أحد بدعواه عليه لغير نفسه لا لاب ولا لولد ولا لجار ولا لاخ فى

ابنه فلانا الفقر وضعف حاله كما ذكر وحالته متصلة على ذلك حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا (بيان) فاذا ثبت
ذلك وفرض عليه مقدار ما يحتمل فان لم ترض الام بذلك كان للاب أخذه ويرضعه غيرها عنده الا ان لا يقبل غيرها فتجبر على
ارضاعه بأجرة مثلها وفى كتاب الاستغناء قال أحمد بن نصر ان تصدق من يجرى النفقة على بعض ولده
بحمل ماله جاز ذلك اذا ترك
لنفسه شيأ ويفرض عليه
على قدر ما بقى عنده فان لم يترك
شيأ لم تجز الصدقة وفى مختصر
المشاور لا تجوز الصدقة على
ذلك وكانه اتهمه وقال ابن
جماهر الطليطلى اذا خرجت
الام الى الضائقة سقطت عنه
والدهم الفرض طول مقامهم
فى الضائقة ومن كتاب
الاستغناء فى المجالس ما كان
من كسوة الولد وتدعى انها
خلقت عليه أو اتلفها فى
خروجه عنها حلفت وكانت
من الاب قال المشاور وهى
مهاو به العمل وما قبضته
الزوجة من نفقة ولدها وادعت
تلفه فهى ضامنة له الا ان
تقوم لها بينة بالتلف فيسقط
ضمانها الا فى أجرة الرضاع
ونفقتها الخاصة بها فهى ضامنة
لذلك قامت بها بينة أو لم تقم
وان كانت قبضت نفقة
أولادها لمدة معلومة فمات
أحدهم فانها ترد ما يخصه لما
ما بقى من المدة وكذلك ترد
ما بقى من الكسوة وان رثت
وقيل اذا كانت الكسوة قد
خلقت فلا شئ للاب فيها كما
تقدم فى كسوة الزوجة
(ويلزم) الاب النفقة على
ذكور بنيه الى البلوغ وعلى
الاناث الى تزويجهن بعد البلوغ ودخول أزواجهن بهن فان كان بالولد زمانة مثل

ان يكون أعمى أو مقعدا أو نحو ذلك ففى ذلك ثلاثة أقوال أحدها ان النفقة ساقطة عنه اذا بلغ كان ذلك منه قبل البلوغ
أو حدث به بعده وهى رواية ابن وهب والثانى انها تجب عليه بلغ بذلك أو طرأ عليه بعده وهو قول ابن الماجشون واستحسنه

عن الشيوخ والثالث وهو قول ابن القاسم انه ان بلغ صحيحا ثم طرأ عليه ذلك بعد ذلك فلا تعود النفقة عليه ولا تلزمه بعد
سقوطها وتكون عليه النفقة اذا بلغ بحال زمانة وعلى القول بلزومها وهو المعروف الى ذهابها وقدرته على التصرف في معاش

وكذلك اذا زوج الانثى قبل البلوغ ثم طلقها زوجها وعادت اليه ففي لزوم النفقة له عليها اختلاف

دين ولا في حيوان ولا في عرض كانت غيبة المدعى له قريبة أو بعيدة ولا يعرض للمدعى عليه ذلك الا بوكالة القائم في ذلك وأما أصبغ فذهب مذهب مطرف في ذلك كله الا انه قال في دعوى الولد لابيه بالدين ان كانت غيبة الاب بعيدة فقد اثبته الولد بالبينة فطول غيبته كموته يقبضه السلطان ويوقفه مع ماله قال ابن حبيب وقول مطرف أحب الي وبه أقول (النوع الرابع) من يريد اقامة البينة لصحة ما ادعى به للغائب أو لغيره على وجه الحسبة قال فضل بن سلمة وقد حكى ابن عبدوس لابن كنانة في مال الغائب اذا كان بيد رجل بغير خلافة فهل يمكن أحد من القيام فيه بغير وكالة فقال ذلك الى اجتهاد الامام ونظره وهذا خلاف ما ذهب اليه أصحاب مالك قال ابن القاسم ولو جهل الامام فامره بالمخاصمة فحكم على القائم لم يجز ذلك على الغائب ولا له وقال ابن نافع مثله (مسئلة) قال فضل وقد حكى ابن عبدوس ان عبد الرحمن بن انعم قاضي افريقية كان يفعل فيمن رفع اليه مال غائب انه بيد غيره انه يوكله على القيام فيه ويمكن من مخاصمته فسئل مالك رضي الله تعالى عنه عن ذلك فلم يره وذلك لطول الزمن ودروس العلم قال فضل وهذا يدل على ان معنى قول مالك انه لو كان فيما اقرب لامكنه من مخاصمته (مسئلة) وقد حكى ابن عبدوس في الغائب يخرج في سفره فيخلف عقارا أو مالا أو غير ذلك فيصير بيد رجل بغير خلافة هل ينزعه القاضي منه ويوكل عليه فقال ان كان تركه بيد زوجته وولده فلا يعرض لهم فيه وان كان لم يتركه بيد أحد فقام رجل فاخذه فان القاضي ينزعه منه ويوكل للغائب عليه ولا يمكن أهل العداء من عداهم (مسئلة) قال ابن حبيب قال أصبغ ومطرف في الارض تكون للغائب بيد رجل بخلافة أو بغير خلافة لا أرى للسلطان أن يتوثق للغائب منها ان رفع ذلك اليه ولا يمكن أحدا يخاصم فيها الا بوكالة ولا يقبلها ممن هي بيده ان تبرأ منها اليه ولا ينبغي ان يشهد شهودا على اقرار المدعى الذي هي في يده انها ليست له لانه قد يقر بها لمن ليست له فيكون اشهاد السلطان على اقراره حجة للمبطل ووهنا للمحق وكذلك ورثته من بعده ولا يعرض لهم فيما في أيديهم من ذلك قال أصبغ الا ان يكون هذا المتبرئ المقر عاجزا عن ولايتها فان للسلطان ان يأمره بالاشهاد على نفسه بما أقر به ورفعه للحاكم ثم يوليها القاضي من رأى للغائب بغير حكم ولا اشهاد منه بانها له الا على حال تخليته هذا منها فان جاء طالب سواه لم يبطل عنه بذلك شيأ من حجته قال ابن حبيب قال مطرف وأصبغ ولو كانت الارض ليست بيد أحد ولا يدعيها أحد ورفع اليه العدول ان صاحبها خرج عنها ويسمونه وينسبونه وانه تركها هكذا وقد تطاول أمرها وخيف ان يذهب حقه فيها فليوكل عند ذلك وكيلا للغائب ويشهد له بها ولو كان انما رفع اليه ذلك من لا تجوز شهادته لم ينبغ ان يعرض لها بتوكيل ولا باشهاد خوفا من ان تكون لغير الذي سميت له فيكون ايقاف السلطان ذلك له وفعله ان جاء صاحبها وحيل بينه وبينها شبيها بالحكم أو تكون أرضا لصغير لا ولي له فينبغي ان يولي عليها وليا ينظر فيها وفي غيرها من ماله (مسئلة) واذا

وكذلك ان كانت للولد صناعة لا تدركه بتعلمها معرة تقوم منها نفقته وكسوته فان ذلك يسقط عن الاب الا ان تكسد أو يمرض فتعود وكذلك الصبية اذا كانت لها صناعة رقم أو غيره فان كان ذلك أقل مما يكفيها فله ان يستعين بذلك في نفقتها ومؤنتها واذا قال الاب ليس عندي ما أنفق فأرسلي الى أولادي يأكلون معي ويبيتون عندك كان ذلك له اذا عرف بذلك الحال ولم يرد الاضرار بهم وكذلك ان كان صانعا وأراد ان يكونوا معه بالنهار ويرسلهم بالليل كان ذلك له (واذا) ادعى الاب العدم في نفقة بنيه فانه يسجن حتى يثبت عدمه بخلاف الزوجة التي في ملكه فانه لا يسجن اذا ادعى العدم في النفقة عليها حتى يظهر لدده ويكلف اثبات العدم من غير سجن وله ان ينفق على أولاده من أموالهم ان كان لهم مال فاب انفق من عند نفسه وأبقى أموالهم فله الرجوع فيه ان شاء من يوم أفادوا ذلك المال فان مات الاب قبل ذلك وأراد الورثة الرجوع فيه فقال ابن القاسم ان كان عينا لم يكن لهم الرجوع

وان كان عرضا فلهم الرجوع فيه وتحرير ذلك ما قاله علماؤنا انه ان كان عينا وألفي على حاله في تركته فلا رجوع قام
فيه الا ان يوصي الاب ان يحاسب به قال ابن رشد ويكون مع ذلك قد كتب النفقة والا فلا وان كان عرضا أو حيوانا وألفي على
حاله في التركة فللورثة الرجوع بالنفقة فيه الا ان يوصي الاب أن لا يحاسب بها الابن قال ابن رشد ويكون مع ذلك لم يكتب

قام محتسب للغائب فلا فرق بين أن يكون فى شئ تسور فيه على الغائب فى داره أو عقاره أو فى عيب أحدث عليه فى ملكه أو ضرر أحدث عليه فالحكم فى القيام فى العيب والضرر مثل ما تقدم فى حكم الولد والوالد والجار والاجنبى ومن له اقامة البينة ومن لا يمكنه الحاكم من الدعوى فى ذلك على ما سبق من الاختلاف وانظر لو قام محتسب فيما تسور على حبس على الفقراء أو فيما تقدم فى النوع الثالث فى مسئلة ابن غانم وما ذكره ابن القاسم فيها وفيما ذكرناه فى هذا النوع ما يؤخذ منه الحكم فى ذلك فتدبره ﴿النوع الخامس﴾ من يريد اقامة البينة لصحة ما ادعى به لمن هو تحت ولايته ﴿مسئلة﴾ وليس للاب ولا للوصى القيام عمن فى نظرهما من ابنته أو يتيمته اذا أضر بها زوجها فى نفسها الا بتوكيلها وليس له ان يقيم البينة لها تحت حجره وولايته ويدعى لها الا ان لها الرضا باحتمال الضرر وان كانت مولى عليها وليس للاب ولا للوصى فى ذلك اعتراض من المتيطة فى باب الاخذ بالشروط ﴿مسئلة﴾ واذا اقامت الزوجة المولى عليها عند زوجها ثمانى سنين أو سبع سنين ثم أراد أبوها ان يطالب زوجها بالكالئ أو بغيره من حقوقها لم يكن له ذلك الا بتوكيلها له الا ان يتصل سفهها وسوء حالها وتبذيرها لمالها ﴿النوع السادس﴾ من يريد اقامة البينة لصحة ما ادعى به لنفسه ولغيره قال ابن حبيب قال لى ابن الماجشون فى الوارث يطلب حقا أو ميراثا له ولشركته انه يمكن من الخصومة فى ذلك فان قضى عليه لم يكن ذلك قضاء على الغائب الا بتوكيل منهم له على طلب ذلك وان قضى له وأحيا ما طلب قضى له بحظه فقط وترك حظ الغائب فى يد المطلوب يصنع فيه ما شاء بطأ و يقبل ويبيع ويحكم كما يحكم فى ماله فان قدم الغيب أو ورثتهم فارادوا أخذ ذلك بالحكم الاول أخذوه بلا استيناء ولا خصومة ولا شئ فان قالوا الاحق لنا فيه ترك فى يد الذى هو فى يده الا ان يكون أحدهم مفلسا قد قام عليه غرماؤه فلا يدفع عن نفسه ذلك بقوله وهو حق قد وجب له عن أبيه قال ابن حبيب وزاد مطرف فقال فى نصيب الغيب من الورثة انه لا يورث عنهم ان ماتوا قبل قدومهم ولا تقضى منه ديونهم وان لم يعرف له مال سواه حتى تعرف دعواهم له وطلبهم اياه قال ابن حبيب وقول ابن الماجشون أحب الى وهو ان يكون ذلك لورثة الغيب اذا طلبوه وان لم يعلم لآبائهم فى ذلك دعوى لان رجلا لو قام يطلب دارا هلك عنها جده وقد مات ابوه فجر الى نفسه ميراث ابيه من تلك الدار فذلك له اذا احقها فكذلك هذا قال فضل بن سلمة ان قضى على الغائب المدعى لنفسه ولغيره ثم قدم الغائب فان جاء بحجة مثل الاول لم يمكن من الخصومة ولا من اقامة البينة الا أن يأتى بحجة أو بينة غير ما جاء به الاول فيمكن وهذا قول ابن القاسم واصحاب مالك رحمهم الله وفى مختصر الواضحة مزيد بيان واختلاف فى هذه المسئلة ﴿مسئلة﴾ وفى سماع أصبغ قلت فاذا قام رجل يطلب شيأ للعامة وهو واحد منهم وخاصم فيه فرأى القاضى أن لا حق للعامة فى ذلك وقضى به للخصم كيف يكتب الحاكم على العامة أم على القائم فمرة قال عليهم ومرة قال عليه وحده ويذكر فيه انه قام يطلب للعامة

النفقة عليه هو الا فلا تجوز وصيته لانه ان كان كتبه دل على انه لم يرد ان يتطوع بما فوضيته بذلك وصية لوارث هذا ان كان المال بيده فان كان لم يقبضه ولا صار بيده فسواء كان عينا أو عرضا هو بمنزلة ما اذا كان عرضا بيده والحكم فى ذلك واحد وان كان عينا قد حصل فى ذمته فان اشهد به على نفسه فلا يحاسب الابن بالنفقة ويصير بمنزلة العين الحاضر وان كان قد ادخله فى ماله ولم يشهد به وقد عرف أصله فهو كالعروض ويحاسب الابن بالنفقة فى ذلك قاله أصبغ ﴿وسئل﴾ ابن رشد فى رجل توفى وقد كان وهب لابنته محجورته جميع رباعه وأشهد لها بما اجتمع لها بيده من غلاتها ثم قام ابن عمها الوارث معها يطلب نقض ذلك ومحاسبتها بالنفقة ﴿فقال﴾ الهبة ماضية واشهاد الوالد بما اغتل لها من ذلك نافذ لها ويحكم لها به فيما تخلفه اذا أشبه ذلك ولا يحاسب الاب بالنفقة فيما اغتله لها ولا فيما وهبه لها لاشهاده لها بذلك على نفسه لانه لما اشهد به دل على انه لم يرد محاسبتها فى ذلك بشئ من نفقته عليها والرواية بذلك مأثورة عن مالك رضى الله تعالى عنه ﴿وسئل﴾ ابن رشد ايضا فى رجل كان وصيا على يتيمة فاشهد عند موته ان لها عليه عشرين مثقالا ولم يدع هو ان له عليها شيأ فيموت ويثبت الورثة ان له عليها حضانة ويطلبون محاسبتها ﴿فقال﴾ اشهاد الموصى عند موته بالعشرين مثقالا يوجبها لها ويبطل دعوى الورثة ولا يلتفت الى ما أثبتوه ولا يحاسبونها بشئ ولا فرق بين موت الاب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما أنفق عليه أبوه الا انه اذا مات الابن وكان الاب غنيا فروى ابن القاسم ان عليه اليمين بخلاف ان يكون مقلا فهو مصدق فى ذلك دون يمين ﴿ومن﴾ انفق على صغير يتيم أو من له أب فله ان يرجع بذلك فى أموالهما اذا كانت له بالنفقة بينة وكذلك اذا لم يكن للابن مال وكان أبوه موسرا الان يسر الاب كمال الابن

كذا فلم أر له حقا وحكمت عليه فان قام أحد بعد ذلك يريد مخاصمة المقضى له سمع القاضى من حجته ومن بينته وان قال كقول المقضى عليه حكم عليه وألحقه به ولم يسمع حجته ولا من بينته وان جاء بغير ذلك نظر له فيه ايضا ولا يعجزه ﴿مسئلة﴾ وكذلك قال مالك فى أحد الشركاء فى الشئ يقضى عليه ثم يقوم أحد شركائه يريد المخاصمة فيه أيضا مثل ذلك وهذه المسئلة وما قبلها من المسائل التى لا يعجز فيها الطالب وقد ذكرناها مستوفاة فى فصل التأجيل والتلوم والتعجيز فانظره

﴿الفصل الخامس فى التنبيه على احكام يتوقف سماع الدعوى بها على اثبات فصول﴾

﴿مسئلة﴾ قال ابن راشد فى المذهب ينبغى للحاكم ان لا يمكن المرأة من النكاح الا بعد ثبوت ما يتوصل به الى ذلك وذلك على ثلاثة اقسام ﴿الاول﴾ البكر اليتيمة البلدية اذا أرادت الزواج كلفها اثبات يتمها وبكارتها وبلوغها وخلوها من زوج وانهم ما علموا ان أباها أوصى بها الى أحد ولا أن أحدا من القضاة قدم عليها مقدما وتثبت أيضا انه لا ولى نسب لها أو ان لها وليا هو احق بعقد النكاح عليها وتثبت كفاءة الزوج وان الصداق صداق مثلها على مثله قال فضل بن سلمة وانها حرة ويسمع الشهود منها رضاها بالزوج وبالصداق وانها فوضت للقاضى فى انكاحها بذلك وسماعهم منها صمتا لا نطقا ﴿الثانى﴾ الثيب البلدية واذا طلبت الثيب الزواج كلفها ان تثبت أصل الزوجية وطلاق الزوج لها أو وفاته عنها وانها لم تخلف زوجا ان تخلل ذلك طول وان لا ولى لها أو ان وليها فلان وانه أحق بعقد نكاحها وعلى القول باشتراط الكفاءة فى الثيب فتثبت ذلك ﴿الثالث﴾ ان يكون الاب غير معروف ويأتى الى الحاكم ليزوج ابنته فقد كلفه بعض قضاة العصر ان يثبت ان له ابنة ﴿مسئلة﴾ قال ابن راشد جرت عادة قضاة العصر بمنع المرأة المبتوتة من رجعة مطلقها حتى تثبت دخول الزوج الثانى بها دخول اهتداء وانه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الازواج على الزوجات وما علموا فى نكاحها ريبة ولا دلسة أما لو قدمت مبتوتة فقالت تزوجت فاراد الذى طلقها ان يتزوجها فقال ابن المنذر لا أعلم أحدا من علماء الامة قال انها لا تصدق ﴿مسئلة﴾ اذا ادعت امرأة ان وليها اعضلها فالصواب فى ذلك ان يسئل الولى عن ذلك فان امتنع من العقد عليها سئل عن وجه امتناعه فان ذكر ما يوجبه وبان صوابه تركه وذلك وان لم يتبين صوابه ودام على امتناعه فعلى الزوج ان يثبت رضاها والكفاءة وأنها خلو من زوج وفى غير عدة ويوكل القاضى من ينكحها منه وزاد فضل بن سلمة وتثبت حريتها ﴿مسئلة﴾ يتيمة رغبت فى نكاح رجل ورفعت أمرها الى القاضى وسألته أن يزوجها منه فلا بد ان يثبت عند القاضى ان الزوج كفؤ لها فى حاله وماله وجميع اسبابه وانها يتيمة بالغ فى سنها وانهم لا يعلمون لها وصيا من أب ولا وكيلا من قاض ولا ولى لها غير السلطان وانها خلو من زوج فى علمهم وانها فى غير عدة من زوج ولا يجب على القاضى ان يسألهم من أين علموا انه كفء لها ﴿مسئلة﴾ ادعى رجل عند القاضى أن اباه غاب منذ

سنين

[illegible] الذى انفق عليه ... بالمال او يسر الاب واما الام انفق وهو يظن ان لا مال للابن ولا لابيه فليس له الرجوع فى ذلك [illegible]
[illegible] المنفق عليه وهو ولا مال له ثم افاد بعد ذلك مالا فلا رجوع له باتفاق وقيل فى الاول له الرجوع والقولان قائمان فى المدونة وان كان المنفق وصيا من أب أو قاض فله الرجوع بذلك فى ماله دون يمين تلزمه ولا اثبات لانه مأمور بالانفاق على اليتيم وقيل عليه اليمين وان كان غير وصى فلا بد من اثبات حضانته له وكفالته وعينه بعد ذلك ولا يحتاج الى ان يشهد ان انفاقه انما هو ليرجع به وروى انه ليس له ان يرجع الا ان يكون قد أشهد (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده الصبى فلانا ويعلمونه صغيرا يتيما فى حضانة قريبه فلان المعروف عندهم منذ كذا وكذا عاما وفى كفالته وتحت انفاقه لا يعلمونه انتقل عن تلك حتى الآن أو بطول مدته وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا فاذا ثبت فيكتب نص اليمين ونصه حلف عن اذن قاضى الجماعة بكذا وهو فلان وفقه الله تعالى فلان الحاضن المذكور أعلاه أو بعقلو به بحيث يجب وكما يجب يمينا قال فيها بالله الذى لا اله الا هو لقد أجريت النفقة والكسوة والمؤن كلها على الصبى فلان المذكور فيه داول المدة المسماة فيه من مالى لارجع عليه بذلك واحاسبه وما قبضت من ذلك قليلا ولا كثيرا ولا وهبت ولا أسقطت ولا احلت ولا استحلت ولا أخذت بذلك كفيلا ولا رهنا ولا عرضا ولا خرجت عن ذلك ولا عن شئ منه بوجه حتى الآن ومن حضر اليمين المنصوصة عن الاذن واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته فى كذا * وفى كتاب الاستغناء قال المشاور فى رجل تزوج امرأة لها أولاد وكان الاولاد مع أمهم على مائدة زوج أمهم وفى بيته وداره زمانا ولهم أصول ودور فلما بلغوا قام يطالبهم بالنفقة فانكروه وقالوا لم نأكل

سنين غيبة منقطعة لا يعلم له مستقر وترك عنده اختا بكرا وقد احتاجت وصارت فى ضيعة
وخطبها كفء فيلزمه الحاكم اثبات ما ذكر من غيبة الأب وانقطاع خبره والجهل لمكانه
أو انه أسير ويثبت حاجة الاخت وكفاءة الزوج ورضاها به ثم يأمر بعد ذلك من يزوجها من
ذلك الخاطب وكذلك لو كانت البنت هى القائمة بذلك عند الحاكم كلفها اثبات ذلك
ثم زوجها على المشهور (مسئلة) اذا ادعى رجل وامرأة فى شئ من أمور الزوجية وأقرا
بالزوجية فان كانا طاريين لم يعرض لهما الحاكم وان كانا من أهل البلد وادعيا وقوع
الزوجية فى البلد كلفهما اثبات النكاح وسألهما عن الولى العاقد والشهود بذلك
عليهما فان بان له كذبهما وأقرا بالوطء أقام عليهما الحد انظر ابن سهل فى الثانى منه فى
امرأة ادعت على رجل انه غرب ولدها (مسئلة) اذا أراد رجل ان يزوج يتيمة تحت نظره
من ولده فلا بد أن يثبت عند القاضى رضا اليتيمة بالزوج والسداد فى صداقها وان الزوج
كفء لها فى جميع أحواله وحينئذ يأذن له القاضى ان يزوجها من ولده وقال بعضهم لو وكل
القاضى غيره على العقد كان أحب الى وانكر ذلك ابن لبابة وابن سهل وقال ابن سهل
لا معنى لما قاله هذا المفتى لان المحذور قد زال بما ثبت عند القاضى هذا معنى كلامه (مسئلة)
رجل انكح ابنته البكر من رجل ثم غاب عنها الزوج قبل بنائه بها غيبة طويلة فى القيروان
فقام ابوها عند القاضى يريد تطليقها عليه بعدم النفقة وامتنع هو من الانفاق عليها
فيلزمه ان يثبت عند القاضى مغيب الزوج وانه لم يخلف لها شيأ ولا أرسل اليها بشئ
ولا رجع من غيبته ثم يتلوم القاضى عليه شهرين قال ابو عبد الله بن عتاب ولا بد أن يثبت
قيام الاب عنها بتوكيلها اياه على ذلك وليس للاب قيام فى ذلك الا بتوكيلها اياه اذ لها ان
تتربص على زوجها وتنتظره وتنفق على نفسها من مالها وعمل يديها واليمين على الزوجة
لا على الاب فاذا حلفت طلقت نفسها وسيأتى بعد هذا صفة يمينها وافتى أبو عمر بن رشيق
فقيه المرية اذا ثبت المغيب وسأل النفقة على ابنته بتوكيلها اياه على ذلك فلها النفقة
من حين قامت ويضرب السلطان أجل شهرين فاذا انقضى الاجل حلفت الزوجة انه
ما ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيأ تمون به نفسها ولا تعلم له مالا ترجع فيه ولا تعلم ان الزوجية
انقطعت بينهما وتثبت هذه اليمين عند الحاكم ويكون لها ان تطلق نفسها من زوجها طلقة
واحدة وتتزوج ساعتئذ ولا عدة عليها اذ لم يبن بها (مسئلة) اذا اشتكت المرأة من
زوجها الضرر فان الحاكم يأمرها باثبات ما ذكرته واقامة البينة على ما ادعته بعد تبيينها
الضرر ما هو وكيف هو فلعل الضرر كان عندها منعها من الحمامات وتأديبها على تعطيل
الصلاة فاذا اثبتت ضررا لا يجوز فعله بها وقف عليه زوجها فربما أقر به فاسقط كلفة الاثبات
عنها وان انكر دعواها أمرت حينئذ باحضار البينة ان كانت معها فان عجزت عنها
وتكررت شكواها كشف القاضى عن أمرها جيرانها ان كان فيهم عدول وان لم يكن
فيهم عدول أمر زوجها ان يسكنها فى موضع حوله الجيران العدول فان بان له من ضررها

الا ما لنا وأقام الربيب البينة انهم كانوا على مائدته ولا يعلمون الانفاق ممن كان الا ان القول قول الربيب الحاضر المنفق
مع يمينه ويرجع بذلك فى غلات أصوله وفى الاصول ان لم تف الغلات بذلك فان شط له عليهم شئ من النفقة لم يكن له
اتباعهم بها وفى المجالس اذا بلغ الايتام فانكروا الانفاق فالبينة على الربيب بالانفاق والا حلفوا انه لم
ينفق عليهم شيأ وسقط ذلك
عنهم وبالاول العمل (ويلزم)
الابن نفقة أبويه الفقيرين
صغيرا كان الابن أو كبيرا ذكرا
أو أنثى ولا مقال لزوج الانثى
فان تعدد الابناء ادوها على
السواء وقيل على قدر اليسر
وقيل على قدر مواريثهم وعلى
الابوين اثبات عدمهما ولا
يحيران على المشهور فان ادعى
الابن العدم فعلى الاب اثبات
يساره لان النفقة انما هى
فى ماله بخلاف الدين فانه فى
ذمته وكذلك ان كان الابن
غائبا فلا تباع فى ذلك أصوله
بخلاف نفقة بنيه وزوجه وما
فى المدونة والعتبية من بيع
مال الغائب فى نفقة أبويه
محمول على ما عدا الاصول
واستحسان على غير قياس
وكذلك ينفق على زوجته
كانت أم الابن أو لم تكن
موسرة كانت أو معسرة
وعلى خادم ان كانت لهما
ولا تلزم النفقة للجد ولا لغيره
من القرابات غير الولد
والابوين
(فصل) ويجب على الزوج
النفقة لامرأته اذا دعت الى
البناء وطالبته بذلك هى
ووليها (ويكتب فى ذلك) اذا
ترافعا الى الحكام عقد التزم
فلان ان يبنى على زوجته فلانة عند انقضاء أجل كذا وان يجرى عليها النفقة والمؤن
من الآن اذا دعته الى ذلك وطلبته وبمحضرها أو وليها فلان وموافقتهما واشهدا بذلك فى كذا (وان) تطوع بتمليكها
ان لم يبن بها (قلت بعد الالتزام ما نصه) وتطوع لها انه ان لم يبن بها عند تمام الاجل المذكور فقد جعل أمرها بيدها فى طلقة

...بنفسها فان كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الوطء فلا نفقة لها وكذلك الزوج ان كان صغيرا لا يطيق الوطء فلا نفقة عليه حتى يتمكن من الاستمتاع وهى على قدر حال الرجل والمرأة والبلد وما عليه العامة والسعر وان أكل الناس الشعير أكلته وأمر الادام كذلك ولا يفرض العسل والسمن والفاكهة ويفرض الزيت والخل والحطب والماء والملح المرة بعد المرة وأمر الكسوة كذلك * فان كانت حديثة عهد بالبناء فليس عليه سوى شورتها التى تجهزت بها اليه من ملبس وغطاء ووطاء وله الاستمتاع بذلك معها وان لم يكن فى صداقها ما تشور به لقلته أو بعد عهدها بالبناء حتى خلقت شورتها فعليه كسوتها يفرض لها فى الصيف ما يليق به وفى الشتاء ما يليق به قال بعض المفتين ان كان الصداق واسعا فلا كسوة لها عليه قبل العام وان كان ضيقا فعليه الكسوة متى طلبتها وليس عليها ان تبتذل الهدية ولكن حقها أن تتزين له بالهدية وقتا بعد وقت وليس عليه كحل ولا مشط ولا أجرة حجامة ولا أجرة الطبيب فيما يفرض لها وقال ابن عبد الحكم عليه أجرة الطبيب ان احتاجت اليه وفى أجرة القابلة قولان أظهرهما وجوبها عليه وتقدير زمان النفقة على قدر حال الزوج ويسره خاصة فان كان موسرا وسع فى المدة وفى النفقة كالاربعة الاشهر والثلاثة والمتوسط كالشهر والشهرين والمعسر بالشهر والجمعة واليوم وعلى قدر ما يرى انه يقدر ان يقدمه وفى المجموعة الحاكم مخير بين أن يأخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه قال أبو الطاهر بن بشير ولو أراد الزوج ان يدفع الى المرأة ما فرض لها وطلبت هى ثمنه لكان لها الثمن لان لها ان تأخذ ما هو أرفع على حسب ما تختاره وقال بعض المتأخرين له ان يعطيها عن جميع لوازمها الا الطعام ففيه قولان والقادر بالكسب كالقادر بالمال ولا يجبر على الذى

ما يوجب تأديب زوجها عليه أدبه ونهاه عن العود الى مثله وان كان لها شرط فى الضرر أباح لها الاخذ به وان عمى عليه خبرها ورأى اسكانهما مع ثقة يتفقد أمرهما أو اسكان ثقة معهما نظر فى ذلك باجتهاده وانما الحكمان اذا اشتكى الزوجان بعضهما بعضا وادعى كل واحد منهما ان صاحبه يضر به وانتفى هو من الاضرار بالآخر وتكرر ذلك من تشكيهما على الحاكم ولم يبن له أمرهما وخاف الشقاق بينهما فحينئذ يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها انظر احكام ابن سهل فى باب الطلاق فى مسئلة شكوى ابنة تمام الوزير بزوجها فقد أوعب الكلام فى شرحها وبيانها ﴿مسئلة﴾ لا تجب الملاعنة اذا كان الزوج والمرأة من أهل المصر الا بعد ثبوت الزوجية وان لم تثبت الزوجية لزم الزوج الحد وان لم يكونا من أهل المصر لزمت الملاعنة وان لم تثبت الزوجية ﴿مسئلة﴾ من ادعى على غيره بدعوى فانه لا تجب له بمجرد الدعوى يمين على المدعى عليه حتى تثبت الخلطة بينهما الا فى مسائل معدودة مذكورة فى مسائل الخلطة ﴿مسئلة﴾ من أتى القاضى متعلقا برجل يرميه بدم وليه فان القاضى اذا جاءه مثل هذا فيلزمه أن يأمر المدعى ان يثبت انه ولى الدم فاذا ثبت له قعدده من المدعى دمه كشف هل له بينة على دعواه أم لا ولا يسأله عن البينة قبل ثبوت قعدده من ابن سهل ﴿مسئلة من الوصية﴾ اذا ادعى على الوصى فى مال الميت والورثة صغار فلا بد من ثبوت الوصية وصغر الورثة فاذا ثبت ذلك كانت الخصومة مع الوصى حينئذ غير ان الوصى لا يكلف جوابا الا ان اقراره فى ذلك أو انكاره غير معتد به ولكن يحضر ليعلم من شهد على الميت ليكون ذلك اعون له فى مدفع ان رامه ﴿مسئلة من الرد بالعيب﴾ اذا ادعى رجل على رجل انه اشترى منه زريعة وزرعها فلم تنبت فان وجد من تلك الزريعة بقية فانها تجرب فيعرف صدق المشترى من كذبه فيجب له اذا عرف صدقه الرجوع بقيمة العيب ان لم يكن البائع مدلسا وبجميع الثمن ان كان مدلسا ولا يجب له شئ اذا عرف كذبه فان لم يبق منها ما تجرب به كلف المبتاع ان يثبت انه زرعها فى أرض تربة تنبت فلم تنبت فان أثبت ذلك كان الامر فيه على ما تقدم من الرجوع بجميع الثمن أو بقيمة العيب وان لم يثبت ذلك حلف البائع على العلم انه ما علم انها لا تنبت من مفيد الحكام نقله عن ابن رشد ﴿مسئلة من القسمة﴾ وفى الواضحة لا يجوز للقاضى اذا سأله الورثة أو بعضهم ان يقسم بينهم ما ورثوه ان يأمر بقسم ذلك حتى يثبت عنده ان ذلك الشئ كان ملكا للهالك وما لا من أمواله حتى مات عنه وان الهالك كان ساكنا فى تلك الدار ان كانت دارا كما يسكن الرجل دار نفسه حتى هلك فيها وان كانت قرية فلا يجوز ان يأمر بينهم بالقسمة حتى يأتوه بمن يحوز ما كان سهما للهالك وصفته فى كتاب وشهود يعرفونه ملكا للهالك أو فى يديه وعمارته حتى هلك عنه خيفة ان يدخلوا فى قسمتهم ما ليس لهم بحق انظر كيف جعل الشهادة باليد والاعمار كالشهادة بالملك وانظر ما فى السرقة والغصب من المدونة من مفيد الحكام ﴿مسئلة﴾ قال ابن زرب فى

الذى يكون بيده الدار فيأتيه رجل فيقول انها لجده هل يلزم الذى بيده الدار ان يقر أو ينكر فقال مالك رضى الله تعالى عنه يلزمه ان يقر أو ينكر قال القاضى ابن زرب وهذا بعد ان يثبت الطالب موت جده وعدة ورثته وانما قيل هذا لانه قد يكون جده حيا أولا يكون هو من ورثته وسيأتى بيان ذلك فى القسم الرابع فى حكم الجواب (مسئلة من الحجر) وفى أحكام ابن سهل فى مسائل المحجور فى بكر يتيمة رفعت الى القاضى كتابا تشكو فيه حالها وسوء موضعها فالذى يجب فى ذلك ان يبعث القاضى رجلين يعرفانها بالكتاب الذى رفع الى القاضى فاذا أقرت به سأل القاضى عن حالها فاذا ثبت عنده موت أبيها وانه لا ناظر لها بوصية من أب ولا بولاية من قاض وانها بحال بكورة وكل القاضى لها من يقوم بأمرها ويقيمه مقام الوصى ويخرجها الى موضع مأمون للحالة التى اشتكت اليه بها (مسئلة) قال الجزولى فى شرح الرسالة لا يكون الحاكم وليا فى النكاح حتى يثبت عنده أربعة عشر فصلا وهى كونها صحيحة بالغة غير محرمة ولا محرمة على الزوج وانها حرة وانها بكر او ثيب وان لا ولى لها أو عضله لها أو غيبته وخلوها من الزوج والعدة ورضاها بالزوج والصداق وانه كفء لها فى الحال والمآل وان المهر مهر مثلها فى غير المالكة أمر نفسها وان كانت غير بالغة فيثبت فقرها وانها بنت عشرة أعوام من الشرح الكبير (مسئلة) اذا طلب أبو الابنة صهره بالنقد من الصداق والبناء بأهله فلا يسمع دعواه حتى تثبت عنده الزوجية المذكورة ثم حينئذ يلزم الزوج بما يجب عليه فان ادعى الاعسار كلفه اثبات عدمه وسيأتى ذكر هذه المسئلة فى الآجال (مسئلة) اذا ادعى الطالب أن المطلوب تغيب ودعا الى الطبع على داره أو تسميرها حسب ما يراه الحاكم فلا بد أن يثبت عند الحاكم أنه تغيب ويثبت ان تلك الدار هى دار المطلوب وحينئذ ينظر فى ذلك (مسئلة من الوكالة) لا يسمع القاضى من أحد دعوى الوكالة حتى يثبت عنده ذلك بشاهدين عدلين أو بشاهد ويمين على قول مالك وابن القاسم ولا بد أن يشهد الشهود عند القاضى على معرفة عين الموكل ويثبت عنده أيضا عين الوكيل اما بالشاهدين الاولين أو بغيرهما واذا حضر الوكيل والخصم وتقاررا على صحة الوكالة فلا يحكم بينهما بمجرد قولهما لانه حق لغيرهما يتهمان على التواطئ عليه ولو صدق الخصم الوكيل فى الدعوى واعترف بالمدعى به لم يجبره الحاكم على دفعه على المشهور حتى يثبت عنده صحة الوكالة (مسئلة من باب الرد بالعيب) ومن اشترى أمة وادعى انها تبول فى الفراش لم تسمع دعواه حتى يثبت انها كانت تبول عند البائع والمسئلة مبسوطة فى باب القضاء بقول امرأة بانفرادها (مسئلة) القائم بالضرر فى العقار لا يحكم له الا بعد ثبوت ملكه الذى يدفع عنه وكذلك ينبغى فى كل ضرر لان ذلك حكم (مسئلة من باب الرد بالعيب) وفى طرر التهذيب لابى ابراهيم الاعرج فى كتاب العيوب اذا قام رجل بعيب فى سلعة والذى باعها غائب ورفع ذلك الى الحاكم فانه يكلفه اثبات سبعة أشياء انه ابتاع وانه نقد الثمن وانه كذا وكذا وأمد

الحمل * فان ادعى انه معسر فلا يفرض عليه فرض المعسر حتى يثبت هذا العقد عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمونه ضعيف الحال بادى الاقلال قليل التجر مقدور عليه فى رزقه وحاله متصلة على ذلك حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا (بيان) اذا ثبت هذا العقد سقط عن الزوج الانفاق الذى يلزم الموسر وكان عليه القوت من الدقيق أو الخبز ان كان لا يستطيع الدقيق والغليظ من الثياب وسقط عنه الاخدام ويدفع ذلك بالشهر أو بالجمعة أو باليوم كما تقدم وذلك بعد يمينه فان ادعى العجز عن النفقة وذلك عن القوت وعما يوارى العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدده وعليه اثبات ذلك ان اكذبته الزوجة (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمونه فقيرا عديما لا مال له ظاهرا ولا باطنا وحاله متصلة على ذلك حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فاذا ثبت ذلك حلف انه لا مال له وان الذى يفرض عليه لا يقدر عليه فاذا حلف أجل فى الكسوة ان قدر على النفقة دون الكسوة وفرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما وان لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل الا دون ذلك وذلك الى اجتهاد الحاكم فاذا ثبت عدمه أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة على ذلك فيؤجله الحاكم فى الانفاق عليها الشهر ونحوه (ويكتب فى ذلك) عقد أجل القاضى فلان ابن فلان وفقه الله تعالى فلانا الزوج المذكور فى كذا فى اجراء النفقة والكسوة على زوجه المذكورة اذا عجز عنها حسبما ذكر فى عقد كذا أجلا من عشرين يوما أو ثلاثين يوما أولها كذا وبحضر الزوجين المذكورين وموافقتهما على ذلك وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا * وتكون معه فى خلال التأجيل ولا تتبعه بنفقة زمن الاعسار وان علم له بمال وظهر لدده كان للسلطان

التبايع واثبات العيب الذي يوجب الرد وهو كل ما ينقص الثمن وانه أقدم من أمد
التبايع واثبات الغيبة بحيث لا يعلم أهي بعيدة أو قريبة ثم يكلفه ثلاثة ايمان انه ابتاع بيعا
صحيحا وانه لم يتبرأ منه ولا أعلمه به ولا بينه له وانه ما اطلع عليه بعد البيع ورضي به وله ان يجمع
عليه ذلك في يمين واحدة ﴿ مسئلة من باب الرهن ﴾ قال ابن رشد في آخر كتاب السلطان
الذي جرى به العمل ان القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الرهن والدين
وملك الراهن له ويحلفه مع ذلك انه ما وهب دينه ولا قبضه ولا احال به ولا استحال به وانه
لباق عليه الى حين قيامه ﴿ مسئلة من باب الشفعة ﴾ قال ابن راشد اذا قام الشفيع يطلب
الاخذ بالشفعة ورفع ذلك الى الحاكم حكم له بالاخذ من المستشفع منه بعد ثبوت ملكيتهما
وثبوت الشراء وثبوت غيبة المبتاع ان كان غائبا وترجى الحجة له   وقوله بعد ثبوت
ملكيتهما يعني ان القائم بالشفعة يلزمه ان يثبت ملكيته للحصة التي يريد أن يستشفع
بها ويثبت ملكية البائع للحصة التي يريد أخذها بالشفعة ويثبت المبتاع الشراء من شريك
القائم بالشفعة ﴿ مسئلة من الدعاوى ﴾ اذا ادعى رجل على آخر دينا من قبل أبيه الميت
أو مورثه فيلزمه أن يثبت موت مورثه وعدة ورثته ليعلم ما يستحقه مما يدعيه ثم ينظر في صحة
ما يدعيه وكذلك لو ادعى عليه أن عنده عروضا أو نحوها لمورثه وادعى انها صارت اليه
بالميراث فيلزمه اثبات موت مورثه وعدة ورثته وانتقال الميراث اليه ثم ينظر في الدعوى
فان اعترف المدعى عليه بالخلطة وأنكر المدعى به توجهت عليه اليمين والا فعلى المدعى
اثبات الخلطة فاذا ثبتت أو شهد بها شاهد واحد فينظر فان ادعى عليه العروض والثياب
من بيع أو وديعة أو عارية فاليمين واجبة على المدعى عليه وان ادعاها من طريق غصب
أو عداء فان كان المدعى عليه ممن أهل العداء والتهم لزمته اليمين والا لم تجب عليه يمين
﴿ مسئلة من باب الحجر ﴾ اذا رفع الى الحاكم مال يتيم وسألوه أن يبيعه لضرورته لم يجز له ذلك
الا بعد ثبوت ملكه وحيازته والحاجة الى البيع وكونه أيسر ما يباع عليه وان كان الذي
رفعه الى القاضي وصيا فلا بد من اثبات وصيته واثبات ما تقدم ذكره ثم يأمره بالبيع ولا بد
حينئذ من ثبوت انتهاء الرغبات والسداد في الثمن وفي مفيد الحكام بيع الحاضن
للاصول لا يصح أي لا يمضي حتى تشهد البينة العادلة للمبتاع بمعرفة سبعة شروط في تاريخ
البيع وهي اليتم والحضانة والحاجة الى بيع ما بيع عليه وذلك بأن لا يكون له عروض
ولا قرض غير أصوله ولا يمكن التحصيل على اقامة معيشته من صناعة أو تصرف في غير وجه
المسئلة للناس والسداد في الثمن وان المبيع أحق ما بيع عليه وان يكون تافها لا بال له
ثمن عشرين دينارا فدون ذلك وذلك في حق اليتيم الواحد وان الثمن صرف في مصالح
اليتيم وانتفع به في حين البيع هذا معنى كلام أصبغ وبه العمل ﴿ مسئلة من باب
التفليس ﴾ قال ابن رشد اذا قام الغرماء على المديان فعلى القاضي ان يكلفهم اثبات ديونهم
ثم يعذر الى المفلس فيما ثبت عنده والى كل واحد في دين صاحبه وقال بعضهم لا يبيع

[illegible] ثم ارادت ان تطلق نفسها فانها لا [illegible]
بتلوم آخر وان كان من السؤال وعلمت المرأة فقره قبل النكاح فلا قيام لها عليه ولا تطلق عليه الا بالاعسار قاله ابن القاسم
قال الشيخ أبو الحسن ومعنى قول ابن القاسم انها لا تطلق عليه اذا سأل ولم يعط شيأ وأما ان ترك السؤال
والطواف فلها الحجة وتطلق
عليه بعدم النفقة فان وجد في
خلال الاجل ما ينفق
عليها بطل حكمه وبقيت
زوجته (وان لم يجد شيأ
ودعت الى الطلاق (فيكتب
في ذلك ما نصه) لما انصرم
الاجل المقيد فوق هذا وحضر
عند القاضي فلان وفقه الله
فلان وفلانة وأقر الزوج فلان
باتصال عسره وانه لم يجد
ما ينفق منه على زوجه فلانة
وسألت عنه الزوجة النظر لها
أمره بالطلاق فأبى من ذلك
وثبتت اباءته عنده فطلقها
عليه طلقة واحدة يملك بها
رجعتها ان أيسر في عدتها
وحكم بذلك وانفذه بعد
الاعذار اليهما وثبوت
زوجيتهما لديه وشهد على
القاضي بما فيه عنه من
ثبوت وحكم من اشهده
الزوجان بما فيه عنهما في كذا
فان ايسر في عدتها بنفقة
الشهر ونحوه وما يجب عليه
من اللباس كان املك بها فان
لم يجد الا نفقة الايام اليسيرة
كالعشرة الايام ونحوها فلا
يلتفت الى ذلك وقيل الا ان
يكون ممن يفرض عليه
باليوم ونحوه فيكون له الرجعة
بوجود ما لو وجده لم تطلق
عليه وكذلك ان كان الاعسار بالنفقة قبل الدخول فانها تطلق عليه بعد الاجل وتملك أمر نفسها
بوقوع الطلاق قبل البناء قاله ابن فتحون قال بعض المتأخرين وقد روي عن مالك انه ان أيسر في العدة كانت له الرجعة
في المدخول بها وغير المدخول بها قال ولا أدري ما هذا الا انه لا رجعة فيمن لم يدخل بها

القاضى مال المفلس حتى يثبت الغرماء عنده أن ما يطلبون بيعه ملك للمفلس انظر ابن عبد السلام ﴿مسئلة من الوديعة﴾ اذا أتى رجل الى الحاكم وقال ان فلانا دفع الى أو بعث الى دنانير ذكر انها لورثة فلان وان ادفعها بأمر الحاكم اليهم فالحكم فى هذا انه اذا ثبت عند الحاكم عدة الورثة وأقر هذا أن الغائب أمره بدفعها اليهم كتب له الحاكم انك ذكرت ان فلانا أمرك بدفع ذلك الى ورثة فلان وفلان بأمرى وانى أمرتك أن تدفعها اليهم بعد ان ثبت عندى أنهم ورثة فلان ﴿مسئلة من النكاح﴾ اذا قامت المرأة تدعى بشرط فى كتاب صداقها فلا بد ان تثبت كتاب الصداق حتى يثبت الشرط ﴿مسئلة﴾ فى المرأة تريد الفراق من زوجها بشرط المغيب عنها * واذا شرط الزوج لزوجته انه ان غاب عنها أكثر من سنة فأمرها بيدها فقامت عند الحاكم تريد الاخذ بشرطها فان القاضى يكلفها اثبات الزوجية والشرط الذى ادعته وغيبته عنها ثم يحلفها فى الجامع لقد غاب عنها أزيد من كذا وما أذنت له فيما زاد على ذلك ولا رجع اليها سرا ولا جهرا وما أسقطت شرطها عنه وما كان سكوتها تركا منها لشرطها وما علمت بانقطاع عصمتها منه فاذا ثبت ذلك كله عند الحاكم أباح لها الاخذ بشرطها ﴿مسئلة﴾ فى المرأة تريد الفراق من زوجها الغائب لعدم النفقة * واذا قامت المرأة بذلك كلفها القاضى اثبات الزوجية والغيبة واتصالها وانهم ما علموه ترك لها نفقة ولا بعث اليها شيئ فوصلها ولا أحالها بها ولا بشئ منها فاستحالت ولا احالت عليه أحدا بها ولا بشئ منها فاستحال ولا وكلت أحدا على قبضها منه ولا طاع أحد بالانفاق عليها بسببه ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة ولا له مال تعدى فيه بنفقتها فاذا ثبتت هذه الفصول عنده نظر فى الغيبة فان كانت قريبة اعذر اليه وان كانت بعيدة أو كان غير معلوم المكان أجلها القاضى بحسب ما يراه وذكر المتيطى خمسة وأربعين يوما فاذا انقضى الاجل استظهر عليها باليمين ووجه لحضور يمينها عدلين تحلف انه ما رجع اليها من غيبته سرا ولا جهرا الى حين يمينها هذه ولا ترك لها نفقة قليلة ولا كثيرة وتذكر ما تقدم من الفصول المشهود بها ثم تقول وما علمت ان عصمة النكاح انقطعت بينى وبينه حتى الآن فاذا ثبتت يمينها عنده طلقها عليه ﴿مسئلة فى امرأة المفقود﴾ واذا قامت المرأة تريد الفراق للغيبة لما يلحقها من الوحشة وعدم الاصابة وكان مفقودا فان القاضى يكلفها اثبات الزوجية واتصالها الى حين القيام وان زوجها غاب عنها وانقطع خبره فاذا ثبت عنده ذلك بحث عنه وذلك مبسوط فى محله ﴿مسئلة﴾ فى مملوكة قامت فى مغيب سيدها بعدم النفقة وذكرت ان سيدها غاب عنها وتركها بلا شئ تنفق منه على نفسها وانه لم يرسل اليها شيأ وسألت الحاكم النظر فى أمرها فكلفها ما يجب اثباته وذلك انها أثبتت عنده ملك سيدها اياها ومغيبه وانه لم يخلف عندها شيأ لنفقتها ولا أرسل شيأ اليها وانها لا مال لها ولا له مال تعدى فيه بنفقتها وأفتى ابن عتاب وابن القطان اذا ثبت ذلك فيأمر الحاكم ببيعها ويقبض ثمنها للغائب ويوقفه عنده أو عند ثقة غيره حتى يقدم الغائب ﴿مسئلة﴾ فيها

﴿فصل﴾ فان كان غائبا معلوم المكان أو أسيرا أو فقيدا فانها تطلق عليه اذا ثبت عدمه قال بعضهم أو جهلت حاله وذكر ابن فرحون انه اذا لم يكن له مال حاضر أو كان له مال وفى بالانفاق وثبت ذلك فان لزوجه ان تطلق نفسها ولم يعتبر حال الزوج فى ملائه وعدمه وبنى على ذلك وثيقته وقال الشيخ أبو الحسن اللخمى وقد قال ١٢١ بعض أصحابنا فيمن غاب عن زوجته ولا مال له ينفق منه عليها انها تطلق عليه ولا أرى ذلك لان الغائب قد تكون له حجة وقال أبو عمران الفاسى أرى ان بين له اذا أراد السفر انها تطلق عليه ان لم يكن له ما ينفق عليها وكذلك ان كانت غيبته قبل البناء ولم يترك مالا فانها تطلق عليه اذا دعت الى ذلك على الصحيح وقيل لا تطلق عليه لان النفقة لا تجب لها حتى تطلبها وبغيبته عدم ذلك قال ابن رشد فى مقدماته ولم يختلف ان من غاب عن زوجته غيبة بعيدة قبل البناء ان النفقة تفرض لها ان سألت ذلك وانما اختلف فى الغيبة القريبة فقيل لا يفرض لها حتى تدعو الى البناء ويكتب له اما ان يبنى واما ان ينفق وقيل يفرض لها حتى تدعو الى البناء وان كان قريبا قال وهو اظهر (ويكتب) فى ذلك ان ذهبت الزوجة الى ان تطلق نفسها عقد يعرف شهوده فلانا وفلانة بالعين والاسم ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها الى ان غاب الزوج فلان عن زوجه فلانة المذكورة قبل البناء بها أو بعد البناء بها ببلد كذا أو بحيث لا يعلم منذ كذا وتركها دون نفقة ولا شئ تمون به نفسها ولا يعلمون انه بعث اليها بشئ فوصلها ولا أنه أقام لها بذلك كفيلا ولا من ينوب عنه ولا قام عنه أحد بشئ من ذلك ولا ان له مالا تعدى فيه بمؤنتها ولا انه رجع من غيبته سرا ولا جهرا ولا ان عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فاذا ثبت

هـذا المغيب عند القاضي (ويكتب في ذلك مانصه) عقـد أجل القاضي فلان وفقه الله تعالى فلانا الزوج المذكور في كذا في [illegible] لزوجته المذكورة فيـه من الغيبة المسماة في كذا واجراء النفقة والكسوة والمؤن عليها أجـلا من ثلاثين يوما أولها كذا استقصاء لحجته وابلاغا في الاعـذار اليه واشهد بذلك بوضع نظره في كذا * فاذا تم الاجل ولم يأت تكتب

استدراك على المفتين فيما أفتوا به بعض القضاة مما كان يلزمهم بيانه مما يجب اثباته عند القاضي * وهي أن رجلا قام عند القـاضي وأثبت عنده موت زوجته فلانة وعدة ورثتها وهـم زوجـها القائم عند القاضي وأختها الحاضرة وأخوها الغائب بالمشرق وأثبت للميتة شركا في دار مع أخيها الغائب وانهـا أوصت بثلثهـا لاختها واعذر القـاضي في الوصية الى الحـاضرين من ورثة الميتة بما وجب أن يعذر به فلم يكن عندهـم مدفع في ذلك وسأل بعض الورثة قسم الدار التي ثبت حظ الغائب فيها وثبت عنـد القـاضي ان الذي يصـير من الدار لاقلهم نصيبا منها مالا ينتفع به للسكنى بشهادة فلان وفلان وسأل هـذا الرجل القـائم من القاضي ان يأمر ببيـع الدار اذ لا تحتمل القسم واذ لا بد من بيع نصيب الميتة منها لتنفيـذ وصيتهـا ولمـا دعا اليـه زوج الميتـة من بيـع نصـيبه منهـا وسأل القائم أن يوكل القاضي للغائب من يبيع نصيبه عليه فلمـا تكامل ذلك عند القـاضي أحب معرفة الواجب في ذلك وكتب اليـه المفتيون الذي نقول به والله الموفق للصواب ان على القاضي أن يوكل للغائب من يبيـع عليـه نصيبه من الدار مع من يشركه فيها من الحاضرين ويقبض الوكيل نصيب الغـائب له الى أن يقـدم وينفـذ وصي المرأة وصيتها من ثلث مالهـا على ما يجب قال ذلك محمد بن لبابة ومحمد بن وليد وتابعهما أيوب بن سليمـان وقال ترجى الحجة للغائب وتابعهم غيرهم من المشاورين ﴿استدراك﴾ قال القاضي أبو الاصبغ بن سهـل رحمه الله تعالى في هـذه المسئلة وجوابهـا اغفال لم يذكر فيها ثبوت مغيب أخي الميتة انما ذكر في الفتيا على وجه الحـكاية غيبة الغـائب بالمشرق وكان يجب أن يشهـد بمغيبه واتصاله وانهم لا يعرفونه رجع من مغيبـه الى حين الشهادة وأيضا لم يبين في الفتيا حظ الميتة كم هو من الدار وانمـا قال وأثبت للميتة شركا في دار مع أخيها ولم يذكر نصيبها من نصيبه ولا ملكها لذلك النصيب ولا ملك أخيها لباقي الدار ولا حيازتهـما ولا يجب للقاضي أن يأمر بقسمها ولا بالبيع على الغائب حتى يثبت ذلك كله واتصـال الملك على ما يجب وأيضا وقـع في السؤال ان الميتـة أوصت بثلثها لاختها وهي وارثتها ولم يذكروا ان الوصية لا تجوز وهو اجماع الا أن يجيزها الورثة وبعضهـم هنا غائب وقالوا ان وصي الميتة ينفـذ وصيتها وهذا لا يكون مع غيبة الغائب وأيضا انه وقـع في السؤال انه أعذر والاعذار في شيء ناقص لا يفيـد شيأ وأيضا انهـم قالوا في جوابهـم انه ينفـذ الوصيـة وصيها ولم يذكروا من هو ولا انه قبـل الايصاء أو امتنع منه وهذا كله مما كان يلزم ذكره وثبوته وخصص ابن وليـد في جوابه ارجاء الحجة للغائب في وصيـة أخته ومن حقـه ارجاؤها له في مبلغ نصيبه من الدار وفي بيعه عليـه اذ قد يباع ببخس من الثمن وفي الشهـادة بأن الدار لا تنقسم وفي هـذا الاستدراك فوائد يتنبه بها على طريق الفتيا والحـكم ﴿مسئلة في القسمة﴾ قام عند القاضي رجل في طلب قسمـة دار بينه وبين أخيه الغائب فالزمه اثبات ملكيتهما للدار وانها مشـتركة بينهما بنصفين وأنها تحتمل القسمة واثبات مغيب أخيه المذكور ثم تحاز وحينئذ ينظر فان كانت

رسم اليمين والطلاق ونصه لما انصرم الاجل المقيد بكذا ولم يؤب الزوج المذكور في كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها في كذا وسألت الزوجة من القاضي فلان وفقه الله النظر لها في كذا اقتضى نظره احلافها فحلفت بحيث يجب وكما يجب يمينا قالت فيها بالله الذي لا اله الا هو لقـد غاب عني زوجي فلان المذكور في كذا الغيبة المشهود بها وما رجع من غيبته سرا ولا جهرا وتركني دون نفقة ولا شيء أمون به نفسي وما بعث الى بشيء فوصلني ولا أقام لي بذلك كفيلا ولا من ينوب عنـه ولا قام عنه أحـد بشيء من ذلك ولا اذنت له في سفره ولا رضيت بالمقام معـه دون نفقة ولا اعلم له مالا اعدى فيـه بذلك ولا ان عصمـة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجـه حتى الآن ولما كملت يمينها وثبتت لديه اذن لهـا في تطليـق نفسها ان شاءت فطلقت نفسها عليـه واحدة قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسهـا أو بعـد البناء طلقة رجعية يملك بها رجعتها ان قدم موسرا في عدتها وأمرهـا بالاعتداد من الآن ورجاء الحجـة للغائب متى قـدم ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالفة ويعرف الاذن فيها وفي الطلاق من القاضي المذكور واشهدته الحالفة بما فيه عنها ممن عرفها وبحال الصحة والجواز قيد على ذلك شهادته في كذا ﴿بيان﴾ قال ابن سهل زاد ابن رشيق في يمين الزوجة ولا ان الزوجية انفصلت بيني وبينه ولا اسقطت ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة والوجهان معرضان للخلاف لانها يمين

تهمة فيه مما أسقط أبن فتحون الاذن لها في الطلاق وجعل عوضه فطلقها وماذكرنا أصوب فان كانت بكرا فلا يقوم عنها الولي في ذلك الا بتوكيل وتطلق نفسها بعد عينها كما ذكره في الثيب قاله ابن عتاب وابن رشيق وقال ابن العطار لا يمين عليها وضعفه ابن سهل وقولنا وأمرها بالاعتداد هو لفظ الحديث وذكر ابن فتحون وأعلمها

بلزوم الاعتداد وماذكرنا أحسن قاله

الغيبة قريبة والطريق أمنة مسلوكة فيلزم الاعذار الى أخيه الغائب على ما أفتى به ابن عتاب وخالفه ابن القطان وابن مالك في الاعذار وانه لا يحتاج اليه ﴿مسئلة في الاقرار﴾ قامت امرأة على رجل غائب بدين لها عليه وذكرت ان للغائب دينا على رجل حاضر قد حل عليه وأحضرت العقد المكتوب على الغريم الحاضر فحضر غريم الغائب مجلس الحكم وأقر بالدين وبصحة العقد وان الدين باق عليه للغائب واثبتت عند الحاكم غيبة غريمها فافتى ابن عتاب وابن مالك ان اقرار غريم الغائب لا يكتفى به وان القاضي يلزم المرأة القائمة باثبات العقد فاذا ثبت أمرها بالحلف في مقطع الحق بما يجب عليها أن تحلف به ويتقاضى عينها من يقدمه القاضي لذلك فاذا حلفت أمر غريم الغائب باحضار ماعليه ويدفع للمرأة حقها وترجى الحجة للغائب اذا لم يمكن الاعذار اليه ﴿مسئلة﴾ في رجل قام يطلب نفقته في مال ابنه الغائب * قام رجل عند القاضي وأثبت انه فقير عديم لا مال له وان ابنه فلانا غاب نحو كذا وكذا سنة وان له خمسة أثمان الدار التي بحاضرة بلد كذا وذكر صفتها وحدودها وانها مشتركة بينه وبين فلان الذي له باقيها وحيزت وثبت عند القاضي حيازتها وأخر عنده الذي له باقيها بالاشتراك مع الغائب على التجزئة المذكورة وثبت عنده ذلك من قوله واقراره فسأل الاب من القاضي بيع نصيب ابنه منها والانفاق منه عليه وعلى زوجته فشاور القاضي أحمد بن بقي في ذلك الفقهاء فافتى ابن عتاب بانه لا سبيل الى بيع هذه الدار بسبب الاب الطالب للنفقة اذ لا تجب النفقة في شيء من ثمنها وهذا مما لا اختلاف فيه بين أصحاب مالك ولا غيرهم ولا نفقة للاب الا بعد ثبوت حياة الابن ملائه اذ قد يكون ميتا أو مديانا ولو باع الحاكم نصيب هذا الابن الغائب قبل صحة حياته وتيقنها وانفق على الاب من ذلك للزمه غرمه لانه من الخطا الذي لا يعذر فيه ولا يباع حظ الغائب من الدار بوجه وان دعا شريكه فيها الى ذلك ويقسم ويوقف نصيب الغائب وان كان حصل منها كراء فيعطى للاب يرتفق به ويكرى نصيبه في المستقبل ويعطى للاب على وجه السلف

﴿الفصل السادس﴾ في حكم الوكالة في الدعوى ﴿مسئلة﴾ وليس لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل كان له أو عليه اذا كان في نص التوكيل الاقرار والانكار ﴿مسئلة﴾ اذا أسقط من التوكيل ذكر الاقرار عليه أو الانكار عنه كان توكيلا ناقصا ولزم الموكل اتمامه على ذلك قال ابن سهل ورأيت فقهاء طليطلة يذهبون الى أن من وكل على طلب حقوقه والمخاصمة عنه فيها وفيما طولب به وعلى الاقرار عليه والانكار عنه على ماعهد في وثائق التوكيل فأقر الوكيل أن موكله وهب داره لزيد أو قال لفلان على الذي وكلني مائة دينار ان ذلك لازم لموكله وأنكر ذلك ابن عتاب وقال انما يلزمه اقراره فيما كان من معنى المخاصمة التي وكل عليها وأما أن يقر عليه بما يخرجه من املاكه فلا يقبل منه قال ابن سهل وهو الصحيح عندي وقال أصبغ يقبل الحاكم الوكالة ولا يردها وان لم

ابن عتاب وابن سهل وغيره فان قدم الزوج فصرح شهود الغيبة ولم تجد المرأة غيرهم ردت اليه وفرق بينها وبين الزوج الثاني ان كان تزوجها غيره قاله في مقنع ابن بطال وكذلك ان كانت طلقت نفسها بشرطها وقدم ودفع في شهود الشرط والمغيب ردت اليه وان كانت قد تزوجت ودخلت مع الزوج الثاني قاله في الاستغناء وان قدم وادعى انه خلف عندها نفقة فافتى ابن رشيق وهو قول عبد الملك ان الحكم نافذ ولا ترد اليه ولابي بكر بن عبد الرحمن انها ترد الى الزوج قال في الحربية ان الذي أفتى به أكثر الفقهاء في هذه المسئلة ان الحكم لا ينفذ وترد الى الزوج وان كانت قد تزوجت فرق بينهما وردت الى الزوج الاول وفي كتاب ابن يونس قال بعض شيوخنا في الذي ارتد ففرق بينه وبين زوجته ثم ثبت انه أكره فحاله حال امرأة المفقود وهو أحق بزوجته مالم يدخل بها الزوج الثاني فان دخل بقيت له زوجته وعاب ذلك بعض أصحابنا وقال ترد اليه وان دخل بها الثاني واذا قدم الزوج موسرا وهي في العدة فهو أحق بها وكذلك

ان طرأ له مال من دين أو ميراث أو غيره وهي في العدة فلا ينفذ الطلاق وان قدم بعد اليمين وقبل الطلاق فلا يضر ذلك وهي زوجته مالم يقع الطلاق فان ادعى حين قدم انه ترك لها نفقة وقالت هي لم يترك شيأ ففي ذلك قولان أحدهما ان القول قوله على كل حال ويحلف ولا تتبعه بشيء والثاني انها ان رفعت أمرها الى السلطان فالقول قولها من حين ترفع أمرها والا فالقول

يجعل له فيها الاقرار وانما جعل له المدافعة وهذا خلاف ماذهب اليه ابن العطار من أنه لا يقبل ذلك حتى يجعل له مع ذلك الاقرار قال ابن رشد وقد نزلت فقضى فيها بأن لا تقبل الوكالة الا أن يحضر مع وكيله ليقر بما يوقفه عليه خصمه أو يكون في وقت الحكم قريبا من مجلس القاضي ﴿مسئلة﴾ قال ابن سهل أما توكيل الوصي على المخاصمة عن يتيمه فليس له أن يجعل للوكيل الاقرار عليه وقد شاهدت بعض الفقهاء ينكر عقد ذلك في توكيل الوصي عن يتيمه ورأيت بعض فقهاء قرطبة يخاطب قضاة غيرها بثبوت مثل هذه الوكالة خالية من ذكر الاقرار وشافهت أبا مروان بن مالك في ذلك فقال لي هذا الذي رأيت يعمل منذ خمس وعشرين سنة وهو الذي أفتى به ان اقرار الوصي لا يجوز على يتيمه قلت له قد ذكر ابن الهندي في وثائقه مثل هذه الوكالة وذكر فيها الاقرار قال كذلك هو وهو خلاف قد تكلمت في ذلك مع أبي عبد الله بن عتاب فقال لي هو خطأ من ابن الهندي ﴿مسئلة﴾ من وكل ابتداء اضرارا لخصمه لم يمكن من ذلك وقال محمد بن لبابة كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في خصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة اذ لا يحل ادخال اللدد على المسلمين قال ابن سهل والذي ذهب الناس اليه في القديم والجديد قبول الوكلاء الا من ظهر منه تشغيب ولدد فذلك يجب على القاضي ابعاده وأن لا يقبل له وكالة على أحد ﴿مسئلة﴾ قال ابن سهل وسئل سحنون عمن وكل رجلا على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك الا بعد سنتين وقد أنشب الخصومة قبل ذلك ثم أتى بالبينة أو لم ينشب الخصومة ولم يعرض في شئ حتى مرت السنتان ثم قام بعدهما يطلب بتلك الوكالة القديمة أله ذلك أم يجدد الوكالة فقال سحنون يبعث الحاكم الى الموكل ليسأله أهو على وكالته أو خلعه عنها وان كان غائبا فالوكيل على وكالته قال ابن سهل رأيت بعض شيوخنا يستكثر امساكه عن الخصومة ستة أشهر أو نحوها ويرى تجديد الوكالة ان أراد الخصومة قال ابن المناصف أما اذا خاصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته الاولى ﴿مسئلة﴾ للموكل عزل الوكيل ما لم يناشب الخصومة فان كان الوكيل قد نازع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر لم يكن له عزله الا أن يظهر منه غش أو تدخيل في خصومته وميل مع المخاصم له فله عزله وكذلك لو وكله باجر فظهر غشه كان عيبا وله أن يفسخ الوكالة انظر التبصرة للخمي ﴿مسئلة﴾ واذا تعلق بالوكالة حق للوكيل مثل أن يكون بعوض فانها تكون اجارة فلا يمكن الموكل من عزل الوكيل أو تتصور للوكيل منفعة من غير جهة المعاوضة أو يكون في ذلك حق لغيره فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل الوكيل من المازري وقال أصبغ في الواضحة اذا قاعده مقاعدة تثبت فيها الحجج لم يكن له عزله ومثله في أحكام ابن زياد ووقع لاصبغ في الواضحة ما يدل على ان له أن يعزله عن الخصام ما لم يشرف على تمام الحكم فاذا علمت هذا فاعلم ان المكان الذي لا يكون للموكل أن يعزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عن الخصام اذا قبل الوكالة ﴿مسئلة﴾ ولا يمنع الخصمان من السفر ولا من أراده منهما ويكون

قوله وهو الاصح وبه العمل (ويكتب في ذلك) عقد حضرت بمجلس الاحكام الشرعية بموضع كذا أو عند القاضي بموضع [illegible] فلانة وأوضحت أن زوجها فلانا غاب عنها منذ كذا وتركها دون نفقة ولا شئ تمون به نفسها أو تركها وبنيها منه فلانا وفلانا دون نفقة ولا شئ تمون به نفسها معهم وانها قامت معلنة بذلك ليكون القول قولها في ذلك ومن حضر المجلس وعاينها به وسمع فيه مقالتها المنصوصة ووعاها وعرفها قيد على ذلك شهادته في كذا فان لم ترفع أمرها الى السلطان وشكت ذلك الى العدول ففي ذلك قولان أحدهما انها تنتفع بذلك ويقوم لها مقام رفعها الى السلطان والثاني انها لا تنتفع بذلك ولا يقوم مقامه وهو المشهور من المذهب وكذلك ان كان لها منه أولاد اذا رفعت أمرها وأمرهم الى السلطان ليكون القول قولها كنفقتها سواء ويكون لها اتباع والدهم بنفقتهم وان لم ترفع ذلك الى السلطان فيكون القول قول والدهم انه كان ينفق عليهم روى ذلك يحيى عن ابن القاسم قال ابن رشد في رسم الاقضية من شرح المديان وانما يصدق الزوج اذا ادعى بعد مضي المدة انه كان ينفق على زوجته أو انه كان يدفع اليها نفقتها أو ما تنفق منه شيأ بعد شئ أو جملة واحدة وأما ان ادعى انه دفع اليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وانكرت ذلك فلا يصدق باجماع وحكى ابن زرب خلاف ذلك فانظره وتحاص المرأة الغرماء بما انفقت على نفسها من حين قيامها في الدين المستحدث دون القديم وما انفقت على ولدها منه فانما تطلبه به ان كان موسرا ولا شئ له عليه ان كان معسرا ولا تحاص به الغرماء وكذلك لا تتبعه بما انفقته على نفسها في غيبته ان ثبت عدمه فيها وان جهلت حاله ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه محمول على اليسار ولا يصدق انه كان معدما في غيبته وان قدم معدما وهو قول ابن الماجشون

فى الواضحة والثانى انه يصدق أن قدم معدماً ولا يصدق ان قدم موسراً وهو قول ابن القاسم وظاهر ما فى المدونة والثالث انه
يصدق على كل حال قدم موسراً أو معسراً وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة وأما ان علم ملاؤه فى غيبته فانها تتبعه بنفقتها
وتكون ديناً عليه لها وتحاص به الغرماء ويفرضها الحاكم لها عليه قال ابن هشام ولا يؤجل فانظره

له أن يوكل عند ذلك قال ابن القطان ويلزمه فى السفر اليمين انه ما استعمل السفر ليوكل
غيره فان نكل عن اليمين لم يبح له التوكيل الا أن يشاء خصمه ذلك وقال ابن الفخار لا يمين
عليه ﴿مسئلة﴾ ويكون له أيضاً أن يوكل اذا كان خصمه قد أحرجه وشاتمه فحلف أن
لا يخاصمه بنفسه قال ابن الفخار فان حلف أن لا يخاصمه دون عذر يوجب اليمين لم يكن له أن
يوكل ﴿مسئلة﴾ واذا ادعى الرجل على خصمه عند الحاكم فهل للمدعى عليه أن يوكل قبل أن
يجيب عن تلك الدعوى باقرار أو انكار فقيل انه لا يمكن من التوكيل حتى يجيب فان لم
يجب حمله الحاكم على الجواب بالادب قال ابن الهندى وقول من قال انه له ان يوكل قبل
أن يجيب أصح لانه قد أجيز للحاضر أن يوكل قال ابن سهل والصحيح عندى انه لا يمكن من
ذلك لأن اللدد فيه ظاهر وقال ابن العطار له أن يوكل قبل المجاوبة اذا كان الوكيل بالحضرة
فيجاوب عنه فان لم يوكل فانه يقال له بعد الادب قل الآن ما كنت تأمر به وكيلك ان يقوله
عنك فان أبى علم انه ملد ﴿مسئلة﴾ قال ابن سهل وغيره والذى جرى به العمل ان التوكيل
جائز لمن شاء من طالب أو مطلوب وكان سحنون لا يبيح للمطلوب أن يوكل الا لعذر كمرض
أو امرأة محجوبة أو رجل واقف فى باب الحاكم كالحاجب ونحوه ويرى أن ذلك من باب
الضرورة وأما من سائر الجبابرة فلا ﴿من الطرر﴾ ﴿مسئلة﴾ وفى وثائق ابن العطار لا يصلح
للرجل ان يوكل أباه ليطلب له حقه لان ذلك استهانة للاب ﴿مسئلة﴾ قال ابن زرب اذا
وقع التوكيل عند حاكم وصرح الموكل فى التوكيل باسم الحاكم لم يكن له التكلم عند
حاكم غيره وان كان التوكيل مجملا فله ان يخاصمه حيث شاء ﴿مسئلة﴾ واذا مات الموكل
لم يكن للوكيل ان يخاصم الا ان يشرف على تمام الخصومة فله ان يتمها وليس للورثة
حينئذ عزله عنها من الاستغناء لابن عبد الغفور ﴿مسئلة﴾ اذا أقر الوكيل بعد الوكالة
ان الموكل قبض المال لزم الموكل ذلك وسقط المال عن خصمه لانه بمنزلة اقراره نفسه كما
يلزمه سائر اقراره كله وذلك فيما كان بعد توكيله فاما ان قال ان ذلك كان قبل توكيله لم
يقبل قوله ولا تجوز شهادته لانه انما توكل فى باطل فانفسخت وكالته ﴿مسئلة﴾ واذا وكله
على الخصام فى قضية فخاصم عنه وانقضت تلك القضية وأراد الوكيل ان يخاصم عنه فى
غيرها فان كان بقرب الخصام الاول كان له ذلك اذا كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها انه
وكله على مخاصمة فلان أو فى أمر كذا وكذا اذا اتصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما الايام
وان تطاول ذلك سنين والموكل غائب لم يحتج الى تجديد التوكيل اذا لم يقصره على مطلب
سماه كما قدمناه فاما اذا قصره على مطلب معين وكان بين المطلبين الاسم فليس له ان
يخاصم عنه الا فيما وكله فيه ويستحسن فى مثل هذا ان يجدد له التوكيل وحينئذ يتكلم عنه
﴿مسئلة﴾ قال ابن عبد البر فى الكافى جرى العمل عندنا انه اذا جعل الموكل للوكيل الاقرار
لزمه ما أقر به عند القاضى وزعم ابن خويزمنداد أن تحصيل مذهب مالك انه لا يلزمه
اقراره وهذا فى غير المفوض اليه قال وقد اتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به على فهو لازم انه

﴿فصل﴾ فان كان له مال
حاضر فرض لها الحاكم نفقتها
فيه سواء كان ديناً أو وديعة
أو غيرهما وان كان عرضاً أو
أصل ملك باعه وفرض لها
فى ذلك أى فى ثمنه بعد ثبوت
ذلك ورفع أمرها وغيبته وعينها
فتكتب رفع الامر كما تقدم ثم
تكتب رسم المغيب ونصه
* يعرف شهوده فلان بن فلان
الفلانى وفلانة بنت فلان
الفلانى بالعين والاسم معرفة
تامة ويعلمون صحة الزوجية
بينهما واتصالها الى ان غاب
الزوج فلان عن زوجته
المذكورة بعد البناء
بها بحيث لا يعلم وتركها دون نفقة
ولا شئ تمون منه نفسها ولا
يعلمون انه بعث اليها شيئ
فوصلها ولا انه أقام لها بذلك
كفيلا ولا من ينوب عنه ولا
قام عنه أحد بشئ من ذلك
ولا ان له مالا تعدى فيه بذلك
الا الكرم المعلوم له بكذا
أو الدار المعلومة له بكذا أو
الدين المترتب له على فلان
وقدره كذا أو العروض
المستقرة له بيد فلان على وجه
الامانة وهى كذا لا يعلمون له
مالا غير ذلك ولا ان عصمة
النكاح انفصلت بينهما بوجه
حتى الآن وقيدوا على ذلك

شهادتهم فى كذا (ثم تكتب) رسم اليمين ونصه حلفت باذن القاضى فلان بن فلان وفقه الله فلانة
بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها بالله الذى لا اله الا هو لقد غاب عنى زوجى فلان الغيبة المشهود بها فى كذا ولا رجع فى
مغيبه سراً ولا جهراً ولا ترك لى نفقة ولا شيئاً أمون به نفسى ولا بعث الى بشئ فوصلنى ولا أقام لى به كفيلا ولا من ينوب عنه ولا قام

عن شيء من ذلك ولا اذنت له في سفره ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة ولا أعلم له مالا اعدي فيه بذلك الا الكرم المعلوم
له بكذا أو الدار المعلومة له بكذا أو الدنانير المودعة له بيد فلان لا اعلم له مالا سوى ذلك ولا أعلم ان عصمة النكاح انفصلت
بيني وبينه بوجه حتى الآن ولقد أجريت النفقة والصرف والمؤن كلها على نفسي من مالي لارجع بذلك

لا يلزمه (مسئلة) ومن عزل وكيله فأراد الوكيل ان يتوكل لخصمه فأبى الاول لما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فلا يقبل منه قوله ويتوكل له من الاستغناء (مسئلة) سئل ابن رشد عن الوكيل اذا قيدت عليه مقالة باقراره على موكله الذي وكله فلما طلب ذلك الاقرار استظهر موكله بعزله عزله انما قبل الاقرار المذكور دون ان يعلم الوكيل شيأ من ذلك هل يسقط الاقرار المذكور أم لا * فأجاب ما تقيد على الوكيل لازم لموكله الا ان يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلا اعلن به واشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تأخير اعلامه وأما بعد مناشبة الخصام أو قبله سرا فلا يجوز عزله (مسئلة) وليس في التوكيل اعذار ولا آجال وفي احكام ابن زياد فيمن طلب ان يعذر اليه في توكيل خصيمه قال لم نر احدا من القضاة ولا غيرهم من السلاطين ضرب لأحد أجلا في توكيل وانما السيرة عند القضاة ان يثبت التوكيل عندهم ثم يسمع من الطالب وينظر فيما جاء به فاما اذا دعا الى ان يؤجل في المدفع أجله ثلاثة أيام أو نحوها وقال ابن الهندي في وثائقه والاعذار الى الموكل من تمام الوكالة فان لم يعذر اليه جاز قال ابن عتاب كان الاعذار من الشأن القديم ثم ترك قال ابن بشير القاضي وانما ترك الاعذار من تركه في الوكالة لانه لابد ان يعذر اليه عند ارادة الحكم له أو عليه في آخر الامر فاستغنى عنه أولا قال ابن سهل وهذه نكتة حسنة انتهى وانما أوجبوا الاعذار اليه لانه مشهود عليه بالتوكيل واذا ثبتت الوكالة ثبت للوكيل التصرف في مال الموكل وغير ذلك من وجوه التصرف (مسئلة) في المطلوب يوافق على صحة الوكالة قبل ثبوتها * واذا قام رجل على رجل في مهر امرأة أو دين رجل وادعى وكالة صاحب ذلك فاقر المطلوب بالدين أو المهر واعترف بصحة الوكالة فانه يلزمه دفع ذلك اليه فان قام صاحب الحق على المطلوب يطلبه بذلك قضى له به لانه انما يقضى عليه أولا باقراره والمصيبة منه

(فصل) الوكالة جائزة بعوض أو بغير عوض فان كانت بعوض فهي اجارة تلزمهما بالعقد ولا يكون لواحد منهما التخلي وتكون بعوض مسمى والى أجل مضروب وفي عمل معروف وان كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل تلزمه اذا قبل وللموكل عزله متى شاء الا ان تكون الوكالة في الخصام فحكم عزله مذكور قبل هذا ويجوز للوكيل في غير الخصام ان يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله الا ان يتعلق به حق لاحد ويكون في عزله نفسه ابطال لذلك الحق فلا يكون له ذلك لانه قد تبرع بمنافعه (مسئلة) واختلف في الجعل على الخصومة على انه ان فلج فله كذا والا فلا شئ له على قولين ومن اجازه شبهه بمعاملة الطبيب على البرء وفي التهذيب وكره مالك الجعل على الخصومة على انه لا يأخذ الا بادراك الحق قال ابن القاسم فان عمل على ذلك فله أجر مثله وروى عن مالك رضي الله تعالى عنه انه جائز وانما كره مالك رضي الله تعالى عنه ذلك لانها على الشر والمجادلة ولانها قد تطول ولا يتحرز منها غرض الجاعل فيذهب عمله مجانا والرواية باجازة ذلك لما بالناس

واحاسبه وما قبضت من ذلك شيأ قليلا ولا كثيرا ولا وهبت ولا أسقطت ولا أحلت ولا اسلفت ولا أخذت بذلك كفيلا ولا رهنا ولا عرضا ولا خرجت عن ذلك ولا عن شئ منه بوجه حتى الآن ومن حضر اليمين المنصوصة عن الاذن المذكور واستوعبها من الحالفة وعرفها قيد على ذلك شهادته في كذا (بيان) قال الباجي في سجلاته لا يشهد بمعرفة الزوجة دون تفسير الامر الا من هو من أهل العلم وان لم يكونوا من أهل العلم فلابد ان يقولوا باشهاد الزوجين والولي واذا ثبت ما ذكر من المغيب واليمين كما ذكر فان القاضي يأمر اذ ذاك ببيع أصل الملك بعد ثبوت عقد الملك فيه والحيازة والسداد ويقدم من يبيعه حسبما يأتي في البيع على الغائب ويدفع لها نفقتها منه وان كان مالا مودعا ذكرت اقرار الذي هو بيده انه عنده وثبوت ذلك عند القاضي ويأمر بدفع ذلك لها في نفقتها وكذلك ان كان عرضا أمره ببيعه بالسداد ويدفع لها نفقتها منه (ويكتب في ذلك) عقد حضر عند القاضي فلان وفقه الله تعالى
فلان بن فلان وذكر ان بيده للغائب فلان كذا وكذا دينارا على وجه الوديعة وثبت عنده اقراره بذلك وسألته الزوجة من اعدائه فيه بنفقتها فاقتضى نظره ان أمره ان يجري لها منه ما يجب لها من نفقة ومؤن وحكم بذلك بعد ثبوت موجبه وشهد على القاضي بما فيه عنه من اشهده فلان المقر المذكور والزوجة بما فيه عنهما وعرفهما في كذا وان كان له بنون صغار فانه

من الضرورة الى ذلك وفى الطرر قال الشعبانى لا خير فى الوكالة على الخصومة اذا كانت بالاجرة حتى تنقطع لانها قد تطول وتقصر قال ولو توكل على ان يحضر معه مجلس السلطان فى كل يوم كذا يناظر عنه كان جائزا وان لم يعلم قدر مقامه من الساعات قال غيره لان ذلك خفيف القدر متقارب الامر قال ولو حضر معه اليوم فلم يجلس من يخاصم اليه فانتظره الى آخر مجلسه وجب له حقه وان انصرف فى أول ما حضر بطل ذلك ولم يكن عليه حضور يوم آخر لان اليوم الذى كان أجره فيه قد ذهب ﴿مسئلة﴾ ولا تجوز الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل ولا المجادلة عنه قال ابن العربى فى أحكام القرآن فى قوله تعالى ولا تكن للخائنين خصيما ان النيابة عن المبطل المتهم فى الخصومة لا تجوز بدليل قوله تعالى لرسوله عليه الصلاة والسلام واستغفر الله ان الله كان غفورا رحيما ﴿مسئلة﴾ ليس للوكيل المخصوص ان يوكل وكيلا عوضا عنه للنيابة عن موكله الا ان يكون الوكيل المذكور لا يلى مثل ما وكل اليه بنفسه وعلم الموكل بذلك وأما الوكيل المفوض اليه فله أن يوكل عن موكله وان لم يجعل ذلك اليه وقال ابن رشد فى كتاب البضائع والوكالات مثل ذلك فى المخصوص ﴿مسئلة﴾ اذا وقعت الدعوى على حبس أو مسجد أو محجة وجب على الحاكم أن يقيم وكيلا يدفع عنه فان وجب عليه حق قضى به والا فلا ﴿مسئلة﴾ قال ابن يونس فى آخر كتاب العيوب الوكلاء على ثلاثة أضرب وكيل مفوض اليه ووصى فعلى هذين العهدة واليمين ووكيل غير مفوض اليه فعليه العهدة الا ان أخبر أنها لغيره فان أخبر بذلك فلا عهدة عليه ولا يمين ونخاسون وسماسرة فهؤلاء لا عهدة عليهم ولا يمين قال أبو الحسن اللخمى اذا استحق ما باع السمسار أو وجد به عيبا فلا عهدة عليه والتباعة على المبيع له ان عرف وان لم يعرف كانت مصيبة ذلك من المشترى والوكيل على شئ بعينه عليه التباعة ان لم يبين انه وكيل فان بين فلا شئ عليه من الطرر لابن عات

﴿القسم الرابع فى حكم الجواب عن الدعوى﴾ واذا وقعت الدعوى الصحيحة بشروطها المتقدمة واستفرغ القاضى كلام المدعى وفهمه حتى لم يبق عنده فيه اشكال ولا احتمال أمر المدعى عليه بالجواب وهو أحد ثلاثة أشياء اما اقرارا أو انكارا أو امتناع ﴿الاول الاقرار﴾ فاذا أقر فان القاضى ينبغى له أن يقول للطالب قد أقر لك فان شئت قيدنا اقراره بالشهادة فاذا قيدها ورفع الشهود شهادتهم فى المجلس الى القاضى فقال ابن العطار يقضى بشهادتهم دون اعذار وبه العمل وقال ابن الفخار وغيره لا بد من الاعذار وسيأتى بيان ذلك فى الاعذار فاذا حكم له القاضى بها وطلب الطالب انصافه من الغريم فعل ان كان له قوة التنفيذ فى اقامة الحق على المدعى عليه والا أشهد للطالب بما حكم له به على المطلوب * وصفة تقييد الاقرار والمقالات أقر بمجلس القاضى فلان بن فلان لمنازعه فلان بان له قبله ما ادعاه عليه وذلك كذا وجب له من وجه كذا حالة أو مؤجلة شهد بذلك عليه فلان وفلان * ويقول فى صفة تقييد المقال قال فلان بن فلان فى مجلس القاضى

ينفق عليهم من ذلك بعد ثبوت صغرهم وانهم بنوه ولا مال لهم وانهم فى حضانة أمهم وتضمن ذلك فى عقد المغيب وفى عقد اليمين انه لم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا لاولادها منه الذين هم فى حضانتها وتجرى عليهم النفقة من ماله والدهم ﴿فصل﴾ فان دعت الزوجة الى الفراق فاما ان يكون معلوم المكان أو أسيرا أو مفقودا أو مجهول الحال والمكان (فان) كان معلوم المكان فذكر ابن فتحون ان السلطان يكتب اليه اما ان يحملها اليه أو يفارقها والا طلقت عليه قال فان أطال الغيبة والنفقة جارية فقال مالك رضى الله تعالى عنه أما الحين فذلك له قال عيسى عن ابن القاسم وظننت قوله الحين السنتين والثلاث فان أطال الغيبة فليقض عليه (وان) كان أسيرا فلا تطلق عليه مادامت نفقته جارية عليها حتى يثبت موته أو تنصره أو ينقضى تعميره أن جهل مكانه فتطلق عليه وهو محمول فى تنصره على الطوع حتى يثبت خلافه ويوقف ماله فى تنصره حتى يموت على الارتداد فيكون لجماعة المسلمين أو يراجع الاسلام فيكون أحق به (وان) كان مفقودا مجهول الحال فى غير المعترك فان امرأته اذا دعت الى الفراق فلها ذلك بعد أن يثبت فقده وان كانت نفقته جارية عليها بعد ان تؤجل اربعة أعوام (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا وفلانة بالعين والاسم ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها الى ان غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة منذ كذا بحيث لا يعلم وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته ولا يعلمونه رجع من مغيبه ولا ان عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * ثم تكتب الاجل باسفله ونصه لما ثبت عند القاضى فلان وفقه الله رسم المغيب فوق هذا ثبوتا تاما وسألت منه الزوجة المذكورة فيه النظر لها اقتضى نظره أن أجل الغائب بعد التفحص

لمنازعه فلان حين قرره على كذا إنه قبله من وجه كذا أو على أن المال الذى بيده ماله وملكه ما أعرف ما يقول إنما هو ملكى تصير إلى بالارث أو بالابتياع أو بما يذكره قال ابن سهل واختار بعض شيوخى أن يكتب كاتب القاضى قال فى مجلس نظر القاضى فلان ابن فلان قاضى الجماعة بموضع كذا فلان بن فلان اذ وقفه فلان بن فلان على كذا وكذا فأنكر ما ادعاه وذلك فى تاريخ كذا ثم يضع الشهود شهادتهم ويعلم القاضى على أسمائهم قال أبو القاسم الجزيرى وإن شئت قلت قرر فلان منازعه فلانا على المال الذى بيده من أين صار إليه وبأى وجه ملكه فأجابه فلان بكذا أشهد عليهما بذلك كله من سمعه وتحققه بالمجلس المذكور وعرفهما بحال صحة وجواز أمر ولا يكاد ينضبط هذا المعنى لاختلاف وجوهه وكثرته قال ابن هشام فى مفيد الحكام قال ابن أبى زمنين وشأن القضاة فى القديم الطبع على المقالات والشهادات وأن يؤرخوها ويشهدوا العدول عليها ويرفعوها عند أنفسهم أو من يثقون به وفى الوثائق المجموعة ومن فوائد تقييد الاقرار والمقال أنه قد يمكن أن يقر المدعى عليه بدعوى المدعى فيستغنى عن الاثبات قال أبو القاسم الجزيرى ولا يسمع الحاكم من بينة المدعى حتى تثبت المقالة عنده قال ابن سهل وهذه المقالات المنعقدة عند القاضى هى التى تفتتح بها الخصومات وتسمى محاضر لما لزمها من هذا الاسم عند العلماء المتقدمين وهو مأخوذ من حضور الخصمين بين يدى القاضى * واختلف فى اللفظ الذى تفتتح به تلك الفصول فإن كان الكاتب لها هو القاضى قال حضرنى فلان بن فلان لأن تلك الصحيفة عنده فكأنه مخاطب لنفسه ومذكر لها بما كان بين يديه وهذا إذا كان القاضى يعرفهما والا كتب حضرنى رجل ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى ورجل ذكر أنه فلان بن فلان وإن كان يعرف أحدهما نبه على الآخر وإن عرفه به أحد قال وعرفنى به فلان ثم يكتب القاضى اسمه فى الآخر وبعضهم يكتب قال القاضى فلان بن فلان ببلد كذا حضرنى فلان وأما ان كتب عنه كاتبه فصفته كما تقدم (مسئلة) فإن ادعى المطلوب القضاء بعد أن أقر وأنكر الطالب فللمطلوب تحليفه وإن ادعى بينة حاضرة أجل فى احضارها بقية يومه إلى الغد ويؤجله فى الغائبة بقدر ما يراه بعد رهن أو حميل فإن لم يأت بواحد منهما وطلب الطالب سجنه مكن منه ولو أتى بالبينة بعد قوله لا بينة لى وقد كان استحلف خصمه لم تسمع بينته إن كان عالما بها على الرواية المشهورة (مسئلة) ولو كان خصامه مع الوكيل فقال موكلك أبرأنى فقال ابن كنانة يحلف الوكيل ما علم براءته ويأخذ الحق إلا أن يكون موكله قريبا فيكتب إليه فيحلف وقال ابن القاسم لا يحلف الوكيل وينتظر صاحب الحق وسيأتى بيان ذلك فى باب القضاء ببينة الموكل ويمين الوكيل (مسئلة) وإن ادعى الغريم القضاء وكان قد تقدم منه انكار للحق وثبت الحق عليه بالبينة فلا تسمع دعواه ولو أتى بالبينة لأنه أكذبها قاله ابن القاسم وبه العمل وقال أشهب تسمع منه وله تحليف الطالب وروى ذلك عن مالك وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه فى هذا أنه

يكون من يوم اليأس من المفقود لا من يوم قيامها فإذا انقضى الاجل اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ثم تزوجت إن شاءت وليس عليها استئذان السلطان فى عدتها ولا فى نكاحها لأن الحكم قد نفذ لها بالتأجيل وإذا تمت عدتها حلت للأزواج وإن أحبت المقام عليه قبل أن تشرع فى العدة وإبطال حكم الاجل فلها ذلك ثم إن أرادت فراقه ضرب لها أجلا آخر فإن قدم الزوج فى خلال الاجل أو علمت حياته قبل أن تتزوج وإن كان ذلك بعد العدة فهى زوجته وسقط حكم ما ذكر من الاجل وغيره ولا يضرها ذلك وإن كانت قد تزوجت وقدم قبل الدخول ففى الأحق بها منهما قولان وإن كان قد دخل بها الثانى فقد فاتت من الأول وبذلك القضاء وإن ثبت موت المفقود فى الاجل أو بعده وقبل أن تتزوج فإنها ترثه وتأخذ مهرها كله وإن ثبت ذلك بعد تزويجها وقبل دخول الثانى بها ففى ذلك قولان أحدهما أنها ترثه وينفسخ نكاح الثانى ويكون خاطبا والثانى أنها لا ترثه ولا ينفسخ نكاح الثانى وبالأول القضاء

فإن كانت بموضع لا سلطان فيه وأشهدت العدول على ضرب الاجل جاز والأحسن أن لا يكون إلا عند السلطان قال وقيل لا يجوز ذلك من الاستغناء وحكى ابن مغيث أنها إذا كانت بموضع لا حكم فيه رفعت أمرها إلى صالح جيرانها وكشفوا عن خبر زوجها وضربوا لها أربعة أعوام ثم تعتد وتحل للأزواج لأن فعل الجماعة فى عدم الامام كحكم الامام وقاله أبو عمران

قال بينة عادلة خير من يمين فاجرة (مسئلة) وان لم يتقدم منه انكار بل أقر وأجاب الى الدفع لكن سأل النظرة أنظره القاضي بقدر ما يراه وقيل ذلك الى الطالب ولو ادعى العدم أو ليس عنده غير الاصول مكن من اثبات ذلك وأجله فيه بقدر ما يراه فاذا ثبت ذلك أعذر فيه للقائم فان لم يكن له مدفع حلفه وسرحه ويأخذ منه حميلا بالمال اذا أثبت انه ليس عنده غير الاصول وأجله في بيعها نحوا من شهرين ثم يأمره بالبيع والانصاف فان أبى ضيق عليه بالسجن والضرب حتى يبيع

(فصل) فان كانت الدعوى في العقار فقال ابن رشد الذي مضى عليه العمل فيما أدركنا وبه أفتى شيوخنا فيما علمنا أن من ادعى عقارا بيد غيره زعم انه صار اليه عمن ورثه عنه ان المطلوب لا يسئل عن شيء حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى انه ورث ذلك العقار عنه فاذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الاقرار والانكار خاصة ولم يسئل من اين صار اليه فان أنكر وقال المال مالي والملك ملكي ودعواك فيه باطل اكتفى منه بذلك ولم يلزمه أكثر من ذلك وكلف الطالب اثبات الملك الذي زعم انه ورثه واثبات موته ووارثته له فان اثبت ذلك على ما يجب من صحة شروطه سئل المطلوب حينئذ من اين صار اليه وكلف الجواب عن ذلك فان ادعى انه صار اليه من غير موروث الطالب الذي ثبت له الملك لم يلتفت اليه ولا ينفعه اثباته ان أثبته وان ادعى انه صار اليه من قبل موروث الطالب بوجه يذكره كلف اثبات ذلك فان اثبته وعجز الطالب عن المدفع في ذلك بطلت دعواه وان عجز عن اثبات ذلك قضي عليه للطالب هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ولا اختلاف في ذلك أحفظه وما ذكره ابن العطار بان الفتوى مضت بان المطلوب يلزمه الجواب ابتداء قبل اثبات المدعي الملك لمورثه هل صار اليه بسببه أو بسبب مورثه الذي أثبت موته ووارثته اياه بعيد لا يصح والله أعلم وما حكاه عن مالك عما وقع في شهادات المدونة وغيرها من انه لا يوقف المطلوب على شيء حتى يثبت الطالب دعواه ليس بصحيح اذ لا اختلاف في انه لا بد ان يوقف قبل ان يثبت دعواه على الاقرار والانكار (مسئلة) اذا ادعى رجل على عبد ما يوجب قصاصا فيلزمه الجواب فان كان ما يوجب الارش فيطلب الجواب من السيد وان كان ما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد فان أقر وكان مأذونا فهو كالحر وان لم يكن مأذونا وقف اقراره على سيده فيرده أو يلزمه اياه من المذهب (مسئلة) ومن سير الحكام ان يجبروا الخصم على الجواب فيما وقفه خصمه عليه في جميع الوثائق القليلة المعاني والفصول حاشا وثائق الاسترعاء فانه لا يجبر على الجواب في ذلك يعني في ذلك المجلس ذكره ابو الوليد الباجي في الاحكام له من مفيد الحكام (الثاني من اقسام الجواب) الانكار ويشترط في الانكار ان يكون صريحا فلا يقبل منه ان يقول ما أظن له عندي شيأ وفي وثائق ابن العطار واذا وقف الطالب المطلوب على حق له قبله لم يكن للمطلوب ان يقول لخصمه لا حق لك قبلي وانما يلزمه ان

الفاسي وابن القابسي وغير واحد من الشيوخ وأما ماله فان السلطان يحصره ويقدم من قرابته أو غيرهم من ينظر فيه الى ان يثبت موته أو حياته أو ينقضي أمد تعميره (ويكتب في ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمون انه غاب منذ كذا أو عمي أمره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن ولا يعلمونه ترك وكيلا ولا من ينوب عنه في ماله ولا قدم لذلك أحدا بعد مغيبه ويعلمون ان قريبه فلانا من أحق الناس وأولاهم بالتقدم والنظر في ماله وقبضه وضبطه واجراء النفقة والمؤن منه على من يجب له ذلك فيه بالمعروف لثقته وأمانته وحسن نظره وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا ويعرفون من ذكر * فاذا ثبت ذلك فيكتب عقد التقديم ونصه لما ثبت لدى القاضي فلان برسم الاسترعاء المقيد بكذا وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك اقتضى نظره ان قدم للنظر في مال المفقود فلان وقبضه وضبطه واحصائه والحيطة عليه واجراء ما يجب فيه من النفقة والمؤن لمن يجب بالمعروف قريبه فلانا المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديما تاما أنفذه له وأقامه بذلك مقام الوكيل المفوض اليه وبحضره وقبوله ذلك وشهد على القاضي بما فيه عنه من اشهده به بموضع نظره واشهد المقدم بالقبول وعرفه في كذا (بيان) ويقوم هذا المقدم مقام المفقود في قبض ماله واجرائه فيما يجب ودفع النفقات والديون المترتبة عليه وغير ذلك وفي مسائل القاضي أبي عبد الله بن الحاج اذا كان عند المفقود قراض أو وديعة فلا يحكم بأخذها من ماله حتى يحكم بموته بخلاف الذي في الذمة لانه لا يدري ما كان يقول فيها ولعله يقول انها ضاعت أو خسرت في القراض أو ما أشبه ذلك قال ونزلت فافتيت بذلك ولا يقوم أحد عن الغائب دون تقديم ولا ينظر

يقرّ باصل المبايعة أو التسلف أو المعاملة أو ينكر ومعنى ذلك مبنى على ما تقدم من انه يجب على الحاكم ان يسأل الطالب من أى وجه يدعى عليه الحق الذى يذكره فان قال من تسلف أو بيع أو قرض أو ضمان ألزم المطلوب ان يجيبه بانكار ذلك الوجه الذى ذكره أو يقربه ولا يكتفى منه ان يقول للطالب لا حق لك قبلى وفى المذهب لابن راشد واختلف اذا قال لا حق له عندى فقال ابن القاسم لا يقنع منه بذلك وقال مطرف وابن الماجشون يقنع منه بذلك وذلك مبسوط فى الباب التاسع عشر ﴿مسئلة﴾ اذا صرح بالانكار فان القاضى يقول للقائم ألك بينة فان أتى بها وقبلها أعذر فيها للمطلوب فان سلمها ولم يطعن فيها أو ادعى فيها مدفعا وعجز عن اثباته أمره بالانصاف وان لم تكن له بينة احلفه له اذا ثبتت الخلطة حسب ما يأتى ذكره فى بيان احكام الخلطة ﴿مسئلة﴾ لو ادعى رجل بدعوى على رجل فسأله القاضى عن السبب فذكره فقال المطلوب أنا أحلف انه لا شئ له عندى من هذا السبب فقال اشهب لا يجزيه بحال حتى يقول ولا أعلم له على شيأ بوجه من الوجوه ونحوه فى كتاب ابن سحنون قال الباجى والظاهر انه يجزيه يمينه أنه لا شئ له عنده من جهه مطلبه لان الطالب لم يطلبه بغير ذلك ﴿مسئلة﴾ لو قال لى عليك عشرة فقال لا تلزمنى العشرة لم يكلف اليمين مطلقا بل يحلف انه ليس له عليه عشرة ولا شئ منها ﴿مسئلة﴾ اذا ادعى سلفا أو بيعا لم يجزه من الجواب ان يقول لا حق لك عندى حتى يقول لم تسلفنى ما تدعيه أو لم تبع منى شيأ مما ذكرت رواه ابن سحنون عن أبيه قال وهو مقتضى قول مالك رضى الله تعالى عنه قال وكان يقول ربما قبل منه ماله على حق والى القول الاول رجع مالك أخيرا وفى باب القضاء بالنكول عن اليمين على طبق الدعوى شئ من هذه المسائل

﴿فصل﴾ وان امتنع من الجواب واستمهل للنظر فى حساب وشبهه أمهل اليومين والثلاثة ﴿الثالث من اقسام الجواب الامتناع من الاقرار والانكار﴾ وقد اختلف اذا أبى ان يقر أو ينكر فرأى سحنون انه لا يترك حتى يقر أو ينكر ويجبر على ذلك بالسجن أولا فان تمادى فبالضرب وقيل اذا أبى عن الجواب لم يجبر على ذلك وعدّ كالنكول فيقضى للطالب مع يمينه ﴿مسئلة﴾ وفى الجواهر فان قال لا أقر ولا انكر ولكن يقيم البينة على دعواه أو قال للحاكم لا أحاكمه اليك اجبره على ان يقر أو ينكر فان أبى حبسه حتى يقر أو ينكر رواه أشهب وفى المتيطية انه يجبر على ذلك بالادب قال وبه العمل وقال أصبغ يقول له القاضى اما ان تحاكم واما احلفت هذا المدعى وحكمت له عليك هذا اذا كانت الدعوى تستحق باليمين مع النكول لان نكوله عن الكلام نكول عن اليمين وان كانت الدعوى فيما لا يثبت الا بالبينة دعا خصمه بها وحكم عليه ان تمادى على ترك الكلام وقال محمد أحكم عليه بغير يمين من المدعى وقال أبو الحسن اللخمى المدعى بالخيار بين ثلاث اما ان يأخذ المدعى به بغير يمين على انه متى عاد الى الانكار كان ذلك له واما ان يحلف الآن ويحكم له به

في ماله وان كان من قرابته وكذلك لا يقوم فى اثبات ملك له أو احداث غيب عليه أو شئ يستحقه الا ان يكون من قرابته الذين لا يشهدون له فيمكنون من الاثبات لا غير ويشهد القاضى بما يثبت عنده ولا يحكم باخراج المستحق منه من يد المقوم عليه أو غير ذلك قال ابن رشد فى تعقبه والصواب ان الاب والابن يمكنان من الاثبات والخصومة على الغائب ومن عداهما من القرابة لا يمكنون الا من الاثبات خاصة ولا يمكنون من الخصومة قال وظاهر الروايات ان الاجنبي لا يمكن من شئ من ذلك الا بتقديم واذا مات أحد ممن يرثه المفقود وقف ميراثه منه فان انقضى أجل تعميره ولم يثبت له حياة بعد موت الموروث رد ما كان وقف الى ورثة المتوفى وورث المفقود ورثته الاحياء عند انقضاء تعميره والمتوفى ورثته يوم مات ولا ميراث بين المفقود والمتوفى لانه لا يدرى من مات منهما قبل صاحبه ﴿واختلف﴾ فى مدة التعمير فقيل سبعون سنة وهو قول مالك وقيل تسعون سنة وهو قول ابن الماجشون ورجع اليه أيضا مالك وقيل ثمانون سنة وهو قول مالك أيضا وبه أخذ ابن القاسم ومطرف وبه العمل قال ابن محرز وقد اختلف فى التعمير من السبعين الى المائة وأعدلها عندى الثمانون وهو اختيار الشيخ أبى محمد بن أبى زيد وأبى الحسن القابسى وبذلك القضاء (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا بعينه واسمه معرفة تامة ويعلمون انه غاب من موضع كذا بحيث لا يعلم منذ كذا وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن ويعلمون ان سنه كانت وقت مغيبه تبلغ كذا يتحققون ذلك بالوقوف على تاريخ ولادته أو انه كان عند مغيبه بالحزر الذى لا يشكون فيه ابن كذا وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا فاذا انقضى أمد تعميره وحكم بتمويته (فيكتب فى ذلك ما نصه) لما

ملكا بعد ان يعلم المدعى عليه انه ان لم يقر أو ينكر حكم عليه كما يحكم على الناكل ولا ينقض
له الحكم بعد ان أتى بحجة الا أن يأتي ببينة لم يكن علم بها واما أن يسجن له حتى يقر أو ينكر
لانه يقول هو يعرف بحقي فاذا سجن اجاب واستغنيت عن اليمين (مسئلة) وان قال لا أقر
ولا أنكر لاني لا أعرف حقيقة ما ادعى قيل له احلف انك انما تتوقف عن الاقرار
والانكار من أجل أنك على غير يقين من الامر فان حلف قيل للطالب أثبت حقك وان
نكل المطلوب عن اليمين فاختلف فقيل يجبر على الاقرار أو الانكار وقيل انه يقضى
للطالب مع يمينه وقيل يقضى له بغير يمين والى هذا ذهب محمد بن المواز وفي الطرر لابن عات
قال المشاور لا يوقف المدعى عليه على الجواب الا بعد اثبات المدعى موت من يقوم عنه وعدة
ورثته وتناسخ الوراثات فان لم يثبت ذلك لم تكن له يمين على المطلوب لانه لا حجة له في ان يقول
ان اباك أو جدك أو من تقوم عنه حي وسيقوم ويقر أنه لا حق له عندي أو يطلبني ان كان له
عندي حق فيلزمني به قال وكذلك ان قام الورثة يدعون له أوودائع أو غير ذلك قلت فان
قالوا انك انت عالم بموته وعدة ورثته قال وان أقر بذلك لم يقبل قوله لما في ذلك من الزام
الحقوق وتوريث زوجته وتزويجها وانفاذ وصاياه وغير ذلك ولا يمين عليه في شئ من ذلك
وانما هو شاهد بذلك لا مقر وله ان يقول أيضا مع ذلك قد يقدم صاحبكم فيأخذني
بحقه مرة أخرى وقد قال أحمد بن ميسر من أقر بقتل رجل لم يؤخذ به لما في ذلك من
التوريث وتزويج زوجته وانفاذ وصاياه وغير ذلك (مسئلة) اذا ادعى رجل قبل رجل
حقوقا وكشفه عن بعضها وسأله الجواب عما كشفه عنه فقال له المطلوب اجمع مطالبك
كلها حتى اجيبك لم يكن له ذلك وله ان يطلب من حقوقه ما شاء ويترك ما شاء وان كان
انما قال له هل لك في هذه القرية شئ غير الابتياع الذي قمت به علي فقال له خصمه جاوبني
عن الابتياع أولا فليس له ذلك حتى يقول له ليس لي دعوى غير الابتياع وحينئذ يلزم
المطلوب بالاقرار أو الانكار قال المتيطي وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي زمنين في التفرقة بين
المواريث وغيرها الا ان المواريث لا يحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعى
عليه منها بخلاف غير المواريث لا يلزم المدعى عليه الجواب حتى يجمع المدعى دعاويه كلها
(مسئلة) قال محمد من ادعى بستين دينارا فاقر خصمه بخمسين وابى في العشرة ان يقر أو ينكر
فانه يجبر بالحبس حتى يقر أو ينكر اذا طلب ذلك المدعى فان أصر على الامتناع والتمادي
عليه حكم عليه بغير يمين قال محمد لان كل مدعى عليه لا يدفع الدعوى فانه يحكم عليه بغير
يمين قال وكذلك المدعى عليه يدور في يده لا يقر ولا ينكر فاذا اجبر على ذلك فتمادى حكم
عليه للمدعي بلا يمين (مسئلة) لو قال المطلوب تقدمت بيني وبين الطالب مخالطة فمن
أي وجه يدعي هذا الزم القاضي أن يسأل عن ذلك الطالب فان بين وجه طلبه وقف على
ذلك المطلوب والزم أن يقر أو ينكر وان ابى الطالب أن يبين سبب دعواه وادعى نسيانه
قبل ذلك منه بغير يمين والزم المطلوب أن يقر أو ينكر وقال القاضي أبو الوليد الباجي

ثبت عند القاضي فلان الرسم المقيد بكذا او مغيب الطالب المذكور لجهة وان سنه كان عند مغيبه كذا وبلغ الآن الثمانين
عاما اقتضى نظره ان حكم بموت الغائب المذكور في تاريخ هذا البلوغ الآن الثمانين آخذا بمشهور الاقوال في ذلك
وأوجب لورثته ميراثه وانفذ ذلك وأمضاه بعد سؤال ذلك وتقضى موجبه وأشهد بذلك بموضع نظره في
كذا (بيان) فان بقيت زوجته لم تتزوج بعد ضرب الاجل لها واعتدادها منه الى ان انقضى أمد تعميره وحكم بموته فلا ميراث لها منه وكذلك لو أتى هو في تلك المدة لما كان أحق بها لانها قد بانت منه بعد الاجل وحكم بموته في حقها وقال ابن حبيب انها ترثه وتدخل مع ورثته في ماله قال ابن رشد وهو بعيد وكذلك لو ماتت هي بعد اعتدادها وقبل انقضاء أجل التعمير فليوقف للزوج ميراثه منها ولا يكون بينهما ميراث الا ان ثبتت حياته بعدها ويظهر خطأ الحكم بموته وتكون هي لم تتزوج غيره فيأخذ ميراثه منها لانها قد بانت ويحكم بموته بعد الاجل في حقها وقد قيل أن المفقود اذا تمت له الاربعة الاعوام تعتد زوجته ويرثه ورثته اذ ذاك ويقتسمون ماله وهو قول في المذهب ذكره الشيخ أبو الحسن اللخمي وغيره ووجهه ظاهر لان الاحكام لا تتبعض ولما حكم بموته في حق الزوجة حكم بموته مطلقا فورثه ورثته وقسم ماله وترتبت أحكام الموت كلها الآن المشهور عن مالك
رضي الله تعالى عنه ان ذلك يختص بالزوجة ويبقى ماله الى انقضاء أمد تعميره اذ لا ضرورة تدعو الى قسم ماله ووجه الحكم
بذلك تغليب الغالب على الاصل لان الاصل في المفقود الحياة والغالب من حاله بعد التأجيل والبحث عنه فلم يعرف له خبر
أنه مات فرجح الغالب على الاصل وحكم بموته فكان ينبغي الحكم بذلك مطلقا في الزوجة والميراث لكن مالكا حكم بذلك

القياس عندي أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يذكر ما يدعيه اذ لعله يذكر السبب يجد مخرجا وان امتنع من ذكر السبب من غير ان يدعي نسيانا لم يسئل المطلوب عن شئ ﴿مسئلة﴾ اذا طالبت المرأة زوجها أن يقر بصداقها في أحكام ابن سهل قال ابو صالح لا بد للمسئول أن يقر أو ينكر ويلزم بذلك وأما اباحة النكاح فان قولنا في ذلك ان كان الزوجان غريبين وتقارا على ذلك قبل قولهما وان كانا من أهل البلد لم يقض القاضي بقولهما انهما زوجان الا عن ثبات أصل النكاح وهذا يؤيد ما أوردته على كلام ابن شاس في قبول دعوى الزوجية وقد تقدم في الفروع التي تتعلق باحكام الدعوى ﴿مسئلة﴾ واذا امتنع المطلوب من الاقرار والانكار وقال أنا آتيه بوكيل يجاوبه عني ففي ذلك ثلاثة أقوال الالزام بان يقر أو ينكر ويقال له قل الآن ما تريد أن تأمر به وكيلك قال أبو الاصبغ بن سهل وهو الصحيح عندي وقال ابن الهندي يمكن والثالث التفرقة فان كانت الدعوى قريبة المعنى أمر بالجواب ثم وكل فان أبي حمل عليه الادب والا فله ذلك وبه العمل

﴿فصل﴾ لو ادعى على رجل بملك فكان انكاره باقراره به لغيره كقوله ليس لي فيه شئ وانما هو وقف على الفقراء أو على ولدي أو هو لطفل سماه فيقال للمدعي أثبت انه لك فان هذا الا ينازعك فيه الا ان يثبت المدعي عليه ما ذكره من ذلك فتقف المخاصمة على حضور من تثبت له عليه الولاية ولو قال ليس هو لي أو هو لمن لا اسميه لم يمنع المدعي ذلك من تمام المحاكمة ولو قال هو لفلان وفلان حاضر في البلد فحضر وادعى به فللمدعي أن يحلف المقر له فان نكل حلف المدعي وأخذه وان حلف المقر له فللمدعي ان يحلف المقر لانه اتلفه عليه باقراره فان نكل حلف المدعي وأخذ من المقر قيمة المقر به أما لو أضافه الى ملك غائب فان أثبت ذلك ببينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب وان لم يثبت ذلك لم يصدق وحلف المقر فان نكل أخذه المدعي بغير يمين فان جاء المقر له فصدق المقر أخذه لان من هو بيده يتهم ان يكون أراد صرف الخصومة عن نفسه

﴿القسم الخامس﴾ في بيان العمل في الاعذار والتأجيل والتلوم والتعجيز وتوقيف المدعي فيه * وفيه خمسة فصول

﴿الفصل الاول في الاعذار وارجاء الحجة للغائب﴾ والاصل في الاعذار قوله تعالى في قصة الهدهد لاعذبنه عذابا شديدا أو لاذبحنه أو ليأتيني بسلطان مبين وقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وقوله تعالى ولو أنا أهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت الينا رسولا الآية وقوله تعالى لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ومثل هذا كثير قال ابن سهل والاعذار المبالغة في العذر ومنه قد أعذر من أنذر أي قد بالغ في الاعذار من تقدم اليك فأنذرك ومنه اعذار القاضي الى من ثبت عليه يؤخذ منه فيعذر اليه فيمن شهد عليه بذلك ﴿مسئلة﴾ وفي معين الحكام وينبغي للقاضي ان لا يحكم على أحد حتى يعذر اليه برجل أو رجلين واذا اعذر بواحد أجزأه ﴿مسئلة﴾ قال ابن الحاجب

[illegible] على المال على الاجل وكان الاجل في ذلك أربعة أعوام أكثر مدة الحمل وبتمامها ينقطع النسب جعلت ههنا أقصى المدة التي ينقطع بتمامها حياة المفقود ويحكم بموته قال بعضهم وهو ملحظ حسن ﴿وأما﴾ مفقود المعترك في القتال فاما ان يكون في قتال العدو أو في قتال المسلمين في الفتن التي تقع بينهم * فان يكن في قتال العدو ففيه أربعة أقوال في المذهب أحدها ان حكمه حكم المفقود في غير القتال فيضرب لزوجته أجل أربعة أعوام ثم تعتد وتتزوج ان شاءت ويبقى ماله الى انقضاء أمد تعميره والثاني ان حكمه حكم الاسير فلا يضرب لامرأته أجل ولا يورث ماله الا ان يثبت موته أو ينقضي أجل تعميره وهو قول ابن القاسم والثالث انه يضرب للزوجة سنة بعد البحث واليأس منه وتعتد بعد انقضائها وتتزوج ان شاءت ويبقى ماله الى انقضاء أجل التعمير والرابع انه هو المشهور يضرب لزوجه أجل سنة بعد البحث واليأس منه فاذا تمت السنة ولم تثبت له حياة حكم بموته فتعتد زوجته ويرثه ورثته اذ ذاك ويقسم ماله وهذا القول هو الذي أخذ به أهل الاندلس وجرى به العمل بها وحكم به ابن الايمن في غزاة الخندق وحكم به في وقعة قتندة وغيرها وهو مقتضى ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في العتبية ففيها قال أشهب سئل مالك رضي الله تعالى عنه عن المفقود في أرض الاسلام بين الصفين وفي أرض العدو بين الصفين كم تقعد امرأته فقال سنة فقيل له تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشرا فقال نعم تعتد قبل له ومتى يضرب له اجل سنة من يوم فقده أو من يوم يضرب له السلطان قال من يوم يضرب لها السلطان وينظر في أمرها ووجه هذا القول هو ترجيح الغالب على الاصل ألا ترى انه لا يكون ذلك الا ان يثبت انه رؤي في المعترك بين الصفين فلما . ويحكم

ويحكم بعد أن يسأله أبقيت لك حجة فيقول لا فان قال نعم أنظره ما لم يتبين لدده والمحكوم
عليه أعم من المدعي والمدعى عليه والمتبادر للذهن هو المدعى عليه لانه قد تقوى حجة
المدعى عليه فيتوجه الحكم على المدعي بالابراء أو بغيره من وجوه الحكم ووقعت هذه
المسئلة في المدونة بضمير التثنية فانه قال فيها قال مالك وجه الحكم في القضاء اذا أدلى
الخصمان بحجتهما وفهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما ان يقول لهما أبقيت لكما
حجة فان قال لا حكم بينهما ثم لا يقبل منه حجة بعد انفاذه يعني انفاذ القضاء وان قال نعم
بقيت لي حجة أنظره القاضي ولم يزل على حجته عند ذلك القاضي وعند غيره مع بقاء ولايته
وبعدها وينظر له القاضي في ذلك هو أو من ولي بعده وهذا ما لم يظهر لدده فينفذ بعجزه
والكلام على التعجيز يأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) اذا حصلت التزكية للشهود
فلا بد من الاعذار في المزكي والمزكى ثم هل يعذر اليه قبل ان يسأله ذلك أو بعد ان يسأله
في المذهب أربعة أقوال قال ابن نافع يقول له دونك فجرح والا حكمت عليك وقال مالك
في رواية أشهب لا يقول له ذلك وذلك وهن للشاهد وقال أشهب يقول له ذلك ان كان
قبولهم بالتزكية ولا يقوله في المبرزين وقال ابن القاسم يقوله لمن لا يدري ذلك كالمرأة
والضعيف ثم حيث قلنا بالاعذار فالذي يسمع منه قال ابن شاس يسمع في متوسط
العدالة القدح فيها وأما المبرز المعروف بالصلاح فيسمع فيه القدح بالعداوة والقرابة
والهجرة وقال سحنون يمكن من التجريح ولم يفرق واذا قلنا بسماع الجرح في المبرز فقال
سحنون لا يقبل ذلك الا من المبرز في العدالة وقال ابن الماجشون يجرح الشاهد من هو
مثله وفوقه ولا يجرحه من هو دونه الا بالعداوة والهجرة أما بالقدح في العدالة فلا وقال
مطرف يجرحه من هو مثله وفوقه ودونه بالاسفاه وبالعداوة اذا كان عدلا عارفا بوجوه
الجرح واختاره اللخمي وقال ابن عبد الحكم لا يقبل التجريح في المبرز الا أن يكون
المجرحون معروفين بالعدالة وأعدل منه ويذكرون ما جرحوه به مما يثبت بالكشف وقال
ابن القطان لا يجرح الشاهد من دونه بالعداوة وأجازه ابن العطار (مسئلة) ويعذر في
تعديل العلانية دون تعديل السر فلا يعذر القاضي في المعدل بن سر انظره في معين الحكام
(فصل) وفي مفيد الحكام وقد اختلف في وقت الاعذار الى المحكوم عليه فقيل يعذر اليه
وحينئذ يحكم عليه وبه العمل كما تقدم وقيل يحكم عليه وبعد ذلك يعذر اليه (مسئلة)
وليس في التوكيل اعذار ولا أجل وقد تقدم ما ذكره ابن الهندي في ذلك في حكم الوكالة
(تنبيه) والاعذار لا يكون الا بعد استيفاء الشروط وتمام النظر والاعذار في شيء ناقص
لا يفيد شيأ قاله ابن سهل في مسئلة من قام عند القاضي واثبت عنده موت زوجته وعدة
ورثتها وهم زوجها القائم عند القاضي واختها الحاضرة وأخوها الغائب بالمشرق وهي
مذكورة في الفصول التي تتوقف سماع الدعوى بها على اثبات أمور (مسئلة) اذا قال
القاضي للمحكوم عليه كنت خاصمت عندي واعذرت اليك فلم تأت بحجة وحكمت عليك

ثبت ذلك ولم تعلم له حياة بطول الاجل بعد البحث عنه كان الغالب من أمره الموت فرجح على الاصل وهو الحياة وحكم بموته
ولم يتبعض الحكم فيه فاعتدت زوجته وورثته ورثته وحكم هذا الاجل السنة حكم الاربعة أعوام قال ابن رشد ولا فرق
بينهما سوى ان هذا سنة وذلك أربع سنين ألا ترى أنه لا يكون الا من يوم يضرب به السلطان وينظر في أمره والعدة
بعد انقضائه فهما سواء في
جميع الاحكام من اجراء النفقة
فيه على الزوجة وغيرها ممن
يلزم المفقود نفقته وان مات
ممن يرثه في اثناء الاجل فلا
ميراث بينهما وغير ذلك فاذا
تمت السنة حكم بموته فتعتد عند
ذلك زوجته ويرثه ورثته
اذ ذاك (ويكتب في ذلك)
عقد يعرف شهوده فلانا
ويعلمون انه حضر الوقيعة
الكائنة بين المسلمين والنصارى
بموضع كذا وعاينوه هنالك في
معترك القتال بين الصفين وفقد
هنالك وعمي أمره فلا تعلم حياته
من وفاته حتى الآن وقيدوا
على ذلك شهادتهم في كذا * ثم
يكتب في أسفله ثبوت
الزوجية عقد يعرف شهوده
فلانا المفقود اعلاه وفلانة
ويعلمون صحة الزوجية بينهما
واتصالها الى ان فقد حسبما
ذكر فيه وحتى الآن لا يعلمون
بينهما انفصالا بوجه وقيدوا
على ذلك شهادتهم في كذا
فاذا ثبت ذلك فيكتب الاجل
ونصه لما ثبت عند القاضي
بموضع كذا فلان وفقه الله رسم
العقد أعلاه ورسم الاسترعاء
بصحة الزوجية تحته ثبوتا تاما
على الواجب وسألت منه
الزوجة النظر لها فاقتضى
 نظره ان ضرب للمفقود المذكور أجلا سنة واحدة من الآن بعد البحث عنه والياس منه فان تمت
السنة ولم تعلم له حياة مضى الحكم بموته اذ ذاك فتعتد زوجته ويرثه ورثته وانفذ ذلك أخذا بقول من قال به من أهل العلم
وتوجيهه له وبعد تقضي موجب ذلك على الكمال وبمحضر الزوجة واعترافها انها الطالبة لذلك والقائمة به وشهد على القاضي

[illegible] (بيان) [illegible]

[illegible] الاجل ولم يثبت للمفقود حياة ولا موت تم الحكم بموته فتعتد زوجته من بعد انقضائه ويرثه ورثته الاحياء اذ ذاك وتنقطع

النفقة عن الزوجة وغيرها ممن تلزمه نفقته ولا يحتاج فى ذلك الى تجديد حكم مثل الاجل المتقدم فى المفقود فى

غير القتال سواء وكان الاجل فى هذا سنة لان السنة تضرب فى الشرع فى كثير من الاحكام كاجل المعترض وعهدة السنة وغير ذلك وهذا القول هو على الحكم بالغالب وترجيحه على الاصل كما تقدم وهو على مقتضى رواية أشهب وابن نافع وكذلك القول الآخر قبله هو مقتضى الرواية المذكورة الا أنه حكم بذلك فى الزوجة فقط وبقى فى المال على الاصل وهو على غير قياس وتكلم ابن رشد فى هذه المسئلة فرجح فى الشرح القول الاول ورجح فى المقدمات هذا القول بانه يحكم بموته بعد السنة فى الزوجة والمال وحمل الرواية عن مالك رضى الله تعالى عنه فى كل واحد من الموضعين على ما رجحه به فيه وهى محتملة للوجهين (وأما) المفقود فى قتال المسلمين فى الفتن التى تكون بينهم ففيه ثلاثة أقوال فى المذهب أحدها ان حكمه حكم المفقود فى غير المعترك والثانى انه يؤجل سنة ثم تعتد امرأته بعدها وتتزوج ان شاءت ويوقف ماله الى انقضاء مدة تعميره وهو قول ابن حبيب والثالث وهو المشهور المعروف من مذهب مالك

وانكر المحكوم عليه الخصام عند القاضى الحاكم فالحكم فيهما مذكور فى آخر الركن الثانى فى الوجوه التى يقوم بها الخصم وتقدح فى الحكم

(فصل) اذا انعقد فى مجلس القاضى مقال باقرار أو انكار وشهدت به شهود المجلس عند القاضى انفذ تلك المقالة على قائلها ولم يعذر اليه فى شهادة شهودها لكونها بين يديه وعلمه بها وقطعه بحقيقتها وهذا هو الاجماع من المتقدمين والمتأخرين قاله ابو ابراهيم اسحق ابن ابراهيم التجيبى وقاله ابن العطار وبه جرى الحكم والعمل عند الحكام وقال ابو عبد الله ابن الفخار لا بد من الاعذار وعلل ذلك بان الحاكم لا يحكم بعلمه ولا بما يقر به بين يديه وقد ينكشف عند الاعذار الى المشهود عليه ان الشاهدين غير عدلين أو بينهما وبين المشهود عليه عداوة أو غير ذلك من الوجوه قال القاضى أبو الاصبغ بن سهل وهذا هو القياس المطرد الصحيح لكن الاستحسان ما ذكره أبو ابراهيم وابن العطار ويعضده قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى كتاب ابن حبيب ان القاضى يقضى على من أقر عنده فى مجلس نظره بما سمع منه وان لم يحضره بينة وقاله ابن الماجشون وبه أخذ سحنون وقال ابن القاسم واشهب لا يقضى القاضى بعلمه ولا بما أقر به عنده فى مجلس قضائه أو فى غيره لا فى حد ولا فى غيره (تقسيم آخر) الاعذار فى المقالات التى تجرى عند الحكام ذكره ابن هسام فى مفيد الحكام قال والاعذار فى المقالات التى تجرى عند الحكام على ثلاثة أوجه (الاول) ان يوقف الخصم خصمه على ما يطلبه فيجاوبه بجواب محض كامل فيأمر الحاكم بعقده وبقراءته على المقر ثم يشهد على تلك المقالة العدول فاذا شهدوا فيها أدوا شهادتهم بها عنده فى ذلك المجلس نفسه فان انكر المقر بها بعد ذلك وطلب ان يعذر اليه فى ذلك لم يجبه الحاكم الى ذلك لمعرفته بصحة ما شهدوا به عنده قاله ابن زرب ومثله لابن بطال فى احكامه (الوجه الثانى) ان يجاوب أحد الخصمين صاحبه بجواب كامل محض فتنعقد مقالته ويكتب الشهود على ذلك اسماءهم ثم يشهدون بذلك عند الحاكم بعد أيام من تاريخ تلك المقالة فللمقر بتلك المقالة اذا أنكرها ان يعذر اليه فيما ثبت عنده (الوجه الثالث) ان يشهد شهود انهم سمعوا فلانا يقر بكذا وكذا عند الحاكم دون ان يعقدوا مقالته فلم يأمر الحاكم بعقد تلك المقالة ويكتبوا شهادتهم على ما سمعوا ويشهدوا بذلك عنده فاذا ثبت أعذر فى ذلك للمشهود عليه انتهى (مسئلة) قال ابن سهل ورأيت فى غير كتاب ابن العطار ان شهود المجلس اذا كتبوا شهادتهم على مقال مقر أو منكر فى مجلس القاضى ولم يشهدوا بها عند القاضى فى ذلك المجلس ثم أدوا الشهادة بعد ذلك عنده اذا احتيج اليها فانه يعذر فى شهادتهم الى المشهود عليه بخلاف ما اذا أدوها فى المجلس نفسه الذى كان فيه المقال وكذلك لو حفظوها ولم يكتبوها ثم ادوها بعد ذلك اذا طلبوا بها وكانوا عدولا فانه يعذر فيها الى من شهدوا عليه بها (مسئلة) قال ابو ابراهيم ولا يعذر القاضى فيمن أعذر به الى مشهود عليه من امرأة أو مريض لا يخرجان (مسئلة) ولا يعذر فى الشاهدين اللذين

رضى الله تعالى عنه انه يحكم بموته يوم القتال فتعتد امرأته من ذلك اليوم ويرثه ورثته الاحياء يومئذ بوجههما

من غير أجل يضرب له (قال) مالك رضى الله تعالى عنه ويتلوم له أمد يسير بقدر ما ينصرف من هرب أو من انهزم ويقسم ماله

وتتزوج امرأته بعد العدة ان شاءت والتربص فى ذلك بالاجتهاد وان ظهر ان يقسم المال بعد انفصال الصفين فعل اذا عرف

يوجههما الحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار وقال ابن سهل وسألت ابن عتاب عن ذلك فقال لا اعذار فيمن وجه للاعذار وأما الموجهان للحيازة فيعذر فيهما وقد اختلف فى ذلك ﴿مسئلة﴾ وكذلك الشاهدان الموجهان لحضور اليمين لا يحتاج الى تسميتهما لانه لا اعذار فيهما فى المشهور من القول لان الحاكم أقامهما مقام نفسه وقيل لابد من الاعذار فيهما ﴿مسئلة﴾ وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة نفسها وأخذها بشرطها فى الطلاق فى مسائل الشروط فى النكاح لا يحتاج الى تسميتهم لانه لا اعذار فيهم ﴿تتميم لبيان الوجوه التى يسقط فيها الاعذار﴾ وكل من قامت عليه بينة بحق من معاملة أو نحوها أو دعوى بفساد أو غصب أو تعد فلا بد من الاعذار اليه قبل الحكم عليه الا أن يكون من أهل الفساد الظاهر أو من الزنادقة المشهورين بما ينسب اليهم فلا يعذر اليهم فيما شهد به عليهم * وقد وقع فى آخر الجزء الثانى من احكام ابن سهل فى مسئلة ابى الخير الزنديق لما شهد عليه بما يتعاطاه من القول المصرح بالكفر والانسلاخ من الايمان وقامت البينة عليه بذلك وكانوا ثمانية عشر شاهدا وكان القاضى يومئذ منذر بن سعيد قاضى الجماعة فاشار بعض العلماء بأن يعذر اليه فيما شهد به عليه واشار قاضى الجماعة واسحق ابن ابراهيم التجيبى وصاحب الصلاة احمد بن مطرف بانه يقتل دون اعذار لانه ملحد كافر وقد وجب قتله بدون ما ثبت عليه فقتل بغير اعذار فقيل لابى ابراهيم فى ذلك وسألوه ان يشرح لهم أصل الفتيا فى قتله بغير اعذار فذكر ان من أصله الذى اعتمد عليه فى ذلك على قاعدة مذهب مالك رضى الله تعالى عنه فى قطع الاعذار عمن استفاضت عليه الشهادات فى الظلم وعلى مذهبه فى السلابة والمغيرين واشباههم اذا شهد عليهم المسلوبون والمنتهبون بان تقبل شهاداتهم عليهم اذا كانوا من أهل القبول وفى قبولها عليهم سفك دمائهم وفى الرجل يتعلق بالرجل وجرحه يدمى فيصدق عليه وفى التى تتعلق بالرجل فى المكان الخالى وقد فضحت نفسها باصابته لها فتصدق بفضيحة نفسها وفى الذى وجده مالك رضى الله تعالى عنه عند أحد الحكام وهو يضرب بدعوى صبى قد تعلق به وهو يدمى فضربه الحاكم فيما ادعاه عليه من اصابته له فلم يزل يضرب ومالك جالس عنده حتى ضرب ثلثمائة سوط وهو ساكت لا ينكر ذلك مع ما تقدم له من الضرب قبل وصول مالك رضى الله تعالى عنه وقد بلغنى أنه انتهى به الضرب الى ستمائة سوط وفى أهل حصن من العدو يأتون مسلمين رجالا ونساء حوامل وغير حوامل فيصدقون فى أنسابهم ويتوارثون اذا كانوا جماعة لهم عدد قال ابن القاسم والعشرون عندى جماعة فأين الاعذار فى هؤلاء كلهم واذا كان مالك يرى فى اهل الظلم للناس والسلابين والمحاربين ونحوهم ان يقطع عنهم الاعذار فالظالم لله تعالى ولكتابه ولرسوله صلى الله عليه وسلم أحق بان يقطع عنه الاعذار فيما ثبت عليه وانى متقرب الى الله تعالى باسقاط التوسعة عليه فى طلب المخارج له بالاعذار وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم فى الموطأ أنه قال انما أنا بشر مثلكم يوحى الى

الحال ولم يكن للاجل فى ذلك فائدة قال ابن العطار وأرى اذا كانت المعركة على بعد ان يكون التربص سنة والعدة داخلة فيها اذ هى من يوم الوقيعة وانما هذه السنة تربص للفحص عن حاله وليست بأجل مضروب (وفى) العتبية سئل سحنون عن معركة تكون بين المسلمين فى افنيتهم فيقع القتل بينهم فما تقول فيمن فقد فى المعركة ولا يعرف قتله وما يفعل بامرأته وفى ماله (فقال) اذا قامت البينة العدلة انه شهد المعركة فان امرأته تعتد من ذلك اليوم الذى كان فيه المعترك ويقسم ماله وهو عندى بمنزلة الميت واذا كانوا انما رأوه خارجا مع العسكر ولم يروه فى المعترك فى القتال الا انهم نظروا اليه خارجا فى جملة الناس فان سبيله سبيل المفقود ويضرب لامرأته أجل أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تتزوج ويوقف ماله الى الامد الذى لا يعيش اليه فحال هذا المفقود فى الفتن اذا ثبت انه كان فى المعترك غير حال المفقود اذ يحكم له بحكم الميت اذ ذاك لما هو الغالب من امره أنه مات فيها وذلك كمن ثبت انه مات فيها بالمعاينة وكذلك اذا ثبت بالسماع أنه مات فى المعترك فى قتال العدو وغيره فانه يحكم له بحكم الميت اذ ذاك * وفى مسائل ابن الحاج سئل فى رجل شهد بالسماع الفاشى المستفيض انه استشهد فى وقعة قنتدة وثبت عقد آخر انهم رأوه فى العسكر هل يحكم له بحكم المفقود أو بموته الآن (فقال) يحكم بموت الرجل فى تاريخ ثبوت موته على السماع ويرثه ورثته الاحياء يومئذ ولا يحكم بموته الآن ولا يعمر كما يعمر المفقود وليس لزوجته نفقة فى ماله وهى كالمتوفى عنها زوجها وفى الوثائق المجموعة انما يؤجل مفقود المعترك سنة ثم يورث ماله بعد ويقسم مال الذى ثبت انه كان بين الصفين وفقد وكذا المفقود فى قتال المسلمين وان لم تقم له بينة انه رؤى بين الصفين فحكمه حكم المفقود فى غير المعترك ولا يورث الا بعد التعمير واذ

[illegible] وجدت ثم قدم زوجها الاول فان نكاح الثانى يفسخ وتستبرئ منه وترد الى زوجها وان ولدت الاولاد قال
[illegible]عمران ولو ثبت موته عندها برجلين عدلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ الا ان يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك الا
بقولها فانه يفسخ * واذا كان المفقود عبدا ضرب له الاجل على النصف من أجل الحر فان كانت
لم ولد فلا يضرب لها أجل وهل تعتق عليه ان لم يكن له ما ينفق عليها منه أم لا فى ذلك قولان

﴿الحضانة وما اتصل بها﴾

وهى حق للحاضن وقيل للمحضون وقال ابن محرز اختلف فى ذلك والصواب عندى انها حق مشترك بين الحاضن والمحضون وقيل هى حق لله تعالى ذكره فى الحربية وهى فى الذكر الى بلوغ الحلم على الاصح وقيل الى الاثغار وفى الانثى الى دخول الزوج بها قال ابن رشد ويستحق النساء الحضانة بوجهين أحدهما ان يكن ذوات رحم من المحضون والثانى ان يكن محرمات عليه فان كن محرمات عليه ولم يكن ذوات رحم منه كالام والاخت من الرضاعة فلا حضانة لهن وكذلك ان كن ذوات رحم ولم يكن محرمات عليه كبنت الخالة ونحوها فلا حضانة لهن ويستحق الرجال الحضانة بمجرد الولاية كانوا من ذوى رحمه المحرم كالجد والعم أو من ذوى رحمه الذى ليس بمحرم أو لم يكونوا من ذوى رحمه كالمولى المعتق والوصى من قبل الاب أو السلطان والام أولى بالحضانة من قرابتها ومن الاب وقرابته وقرابة الام أولى من   الى
الاب وقرابته والاب أولى من قرابته الا أمه وحدها فهل يكون أولى منها أم لا فى ذلك قولان أحدهما انها أولى منه وهو المشهور والثانى انه أولى منها فالام مقدمة ثم أمهاتها ثم جدة الام أم أمهات الخالة وفى الحاق خالة الخالة بالخالة قولان ثم

وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما أسمع منه وهذا الحديث هو أم القضايا ولا اعذار فيه وكذلك كتاب عمر بن الخطاب الى أبى عبيدة بن الجراح والى أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنهم وهما أيضا ملاذ الحكام فى الاحكام ولا اعذار فيهما ولا اقالة من حجة ولا من كلمة غير ان الاعذار فيما يتحاكم الناس فيه من غير أسباب الديانات استحسان من أئمتنا وانا على اتباعهم فيه والاخذ به على بصيرة مستحكمة فيما أوجبوا الاعذار فيه من الحقوق والتزم التسليم لما استحسنوا اذهم القدوة والهداة فأما فى اقامة الحدود فى الالحاد والزندقة وتكذيب القرآن والرسول عليه الصلاة والسلام فلم أسمع به ولم أره لاحد ممن وصل الينا علمه (ومما) لا اعذار فيه شهادات من يحضر مجلس الحاكم ويشهد عنده بما وقع فيه من الاقرار والانكار (ومنها) شهادات من يعذر لهم الحاكم الى من يحجبه الاحوال المانعة من مشاهدتهم للشهود فى مجلس الحكم فهؤلاء لا اعذار فيهم (ومنها) شهادات من يوجههم الحاكم الى امتحان من لا غنى بهم عن امتحانه ممن يثقون به كالعبد فيه العيب فيبعث به الحاكم الى من يثق به من أهل البصر والنظر يشهدون فيه فيشهدون عنده به فليس فيهم اعذار لانهم لم يسألوا الشهادة وانما القاضى استخبرهم فأخبروه * والاعذار انما هو على الظنون والتهمة للشهود وكذلك لا اعذار فى الموجهين الى حيازة ما شهد به عندهم مما لا بد ان يحاز والى تنفيذ ما لا يمكنهم انفاذه فى مجالسهم لاسباب يطول ذكرها فلا اعذار فى شئ من هذه الشهادات وربما اكتفى فى كثير منها بشاهد واحد فهل هذه كلها الا شهادات وهل بينها وبين غيرها فرق فى شئ (ومنها) استفاضة الشهادات المشهود بها عند الحكام فى الاسباب القديمة والحديثة وفى الموت القديم والحديث وفى النكاحات القديمة والحديثة وفى الولاء القديم وفى الاحباس القديمة وفى الضرر يكون بين الزوجين وفى أشياء غير هذا يطول ذكرها ولهذه الشهادات باب مستوعب يأتى ان شاء الله تعالى ﴿تنبيه﴾ قوله والضرر معناه انه يسقط الاعذار فى الشهادة بالضرر وكذلك يسقط الاعذار فى حكم الحكمين قال ابن رشد لانهما يحكمان فى ذلك بما خلص اليهما بعد النظر والكشف وليس حكمهما بالشهادة القاطعة قال أبو ابراهيم رحمه الله تعالى فالى هذه الامور نزعت فى ترك الاعذار الى هذا الحد قال ابن سهل لقد أحسن أبو ابراهيم رحمه الله تعالى فى هذا التبيين والنصح للمسلمين وان كان فى فصول من كلامه اعتراض على الاصول وفى بعضها اختلاف والحق البين ان من تظاهرت الشهادات عليه فى الحاد أو غيره هذا التظاهر وكثرت البينة العادلة عليه هذه الكثرة فالاعذار اليه معدوم الفائدة لانه لا يستطيع تجريح جميعهم ولا يمكنه الاتيان بما يسقط به شهادتهم ومن قال بالاعذار قاد أصله المتفق عليه عند العلماء والحكام فى لزوم الاعذار فى الاموال ومن اجتهد أصاب والله الموفق للصواب

﴿الفصل الثانى فى ذكر وجوه التأجيل والتلوم﴾ وقد تقدم معنى الاعذار وانه قد يكون

الى المدعى عليه وقد يكون الى المدعى فاذا أعذر القاضى الى من توجه الاعذار اليه من طالب أو مطلوب وسأله أبقيت لك حجة فان قال نعم وسأله التأجيل ضرب له أجلا بحسب تلك الواقعة بما يؤديه اليه اجتهاده فى بلوغ المؤجل مقصوده مع انتفاء ضرر خصمه فان كان التأجيل فى حق المطلوب وأتى بمدفع فيما شهد به عليه أو ادعى عليه فسأل الطالب التأجيل أيضا وزعم ان له مدفعا فيما أتى به المطلوب ضرب له أجلا أيضا وتلوم عليه حتى يحق الحق ويتبين عجز أحدهما فينفذ الحكم حينئذ ويحكم بالتعجيز على من توجه عليه وسيأتى بيان حكم التعجيز وضرب الاجل مصروف الى اجتهاد الحكام بحسب حسن النظر فى أمر الخصمين وليس فيه حد محدود لا يتعدى وانما هو الاجتهاد وسنذكر طرفا مما جرى به العمل بين الحكام * والآجال مختلفة فان كان الاجل فيما يطول النظر فيه والاثبات كدعوى الرباع والاصول والوراثات أجل خمسة عشر يوما ثم ثمانية أيام ثم أربعة أيام ثم يتلوم عليه بثلاثة أيام تتمة ثلاثين يوما قاله ابن العطار وغيره ويوقفه الحاكم عند تمام كل أجل من هذه الآجال ثم يوسع له بالاجل الثانى الى تمام الشهر قال المتيطى وكان الحكام يجمعونها فى حكم ويفرقونها فى آخر بحسب ما يؤديهم اليه اجتهادهم وذكر ابن الهندى وجها آخر وهو ثمانية ثم يوقفه ثم ستة ثم يوقفه أيضا ثم أربعة كذلك ثم أربعة أيضا كذلك ثم يتلوم له ثمانية أيام وان ضرب الاجل الاول عشرين يوما تلوم عليه عشرة أيام قال ابن سهل وكان أبو المطرف عبد الرحمن بن احمد بن بشر قاضى الجماعة بقرطبة يضرب الآجال عشرة أيام ثم عشرة أيام ثم عشرة أيام وكان آخر القضاة علما وتدربة وتفننا فى الاقضية قال المتيطى وله ان يضرب له أجلا قاطعا من ثلاثين يوما فيدخل فيه الاجل والتلوم ويخبر الحاكم الخصم انه جمع له فى ذلك الآجال والتلوم حتى يعرف ما يترتب عليه * وفى وثائق أبى القاسم الجزيرى اذا كان التأجيل فى الاصول فالشهران والثلاثة لاسيما اذا ادعى مغيب البينة وانهم تفرقوا وكذا قال بعض الشيوخ هذا مع حضور بينته فى البلد وأما ان كانت غائبة عن البلد فأكثر من ذلك على ما يراه الحاكم وقال محمد فيمن قامت عليه بينة فى دار فى يديه فلما سئل عن حجته ذكر حجة قوية فانه يؤجل الشهرين والثلاثة وروى أشهب مثل ذلك وزاد فان طلب بعد ذلك أجلا آخر وقال تفرق شهودى وغابوا فان ظهر الصدق من قوله ولم يتبين لدده ضرب له أجل آخر والا لم يضرب له أجل ورواه عن مالك رضى الله تعالى عنه انظره فى مختصر الواضحة وان كان التأجيل فى اثبات الديون فثلاثة أيام ونحوها قاله أبو القاسم الجزيرى وان كان الاجل فى الاعذار فى البينات وحل العقود فثلاثين يوما وللقاضى جمعها وتفريقها جرى العمل قاله الجزيرى وان كان الاجل فى اثبات شئ مما يدعى فيه ماعدا الاصول أجل المثبت دعواه ثمانية أيام ثم ستة أيام ثم أربعة أيام ثم ثلاثة أيام تلوما التمام احد وعشرين يوما وان كان الاجل فى الذى يدعى الشئ على الرجل ويقيم شاهدا أو لطخا ويدعى شاهدا آخر فانما يضرب له أجلا

الجدة أم الاب على المشهور ثم الاب ثم جدة الاب لابيه ثم العمة ثم بنت الاخ ثم الاخت فان لم يوجد فى النساء حاضنة انتقلت الى الذكور العصبة على ترتيبهم فى ولاية النكاح والوصى أولى من العصبة فان اجتمع المتساوون قدم الشقيق على غيره فان استووا فى ذلك قدم الاصون والارفق فان استووا أقدم الامين (وشرطها) العقل

والكفاءة وحوز المكان للبنت يخاف عليها وان كان الحاضن أبا أو أما وخيف عليها انتقلت الحضانة الى الابعد وان تكون المرأة غير ذات زوج الا ان تكون الجدة متزوجة بجد الطفل ففى ذلك قولان أصحهما ان لا تسقط حضانتها وان كانت الام وصيا وتزوجت ففى سقوط حضانتها قولان وفى مسائل ابن الحاج اذا تزوجت الام وهى وصى على ابنها وأراد الاولياء أخذه حكم فيها ابن حمدين بانها أحق به وكان تقدمها من قبله وبذلك أفتى ابن حزم وغيره ولم يحقق فيها جوابا فى المجلس ثم ظهر له انها لا حضانة لها لعموم قوله انت أحق به ما لم تنكحى وقال اذا كانت الجدة ساكنة مع الام فى دار واحدة فتزوجت الام وأبى الاب ان يترك ابنه فى حضانة الجدة من أجل سكناها مع بنتها المتزوجة فانها لا تسقط حضانتها بسبب سكناها مع بنتها قال وهو قول سحنون وافتى غيره بان حضانتها ساقطة وفى رواية قرعوس عن مالك رضى الله تعالى عنه ما يدل على ذلك وهو الذى أفتى به ابن المواز انه لا حضانة للجدة اذا سكنت مع بنتها قال وهى الرواية

المشهورة عن مالك وبها العمل واختاره المتأخرون من البغداديين وغيرهم وتسقط حضانة الحاضنة بتزويجها ودخول الزوج بها فان لم يدخل بها الزوج لم تسقط فاذا دخل سقطت حضانتها (ويكتب فى ذلك) (اذا دفعته لوالده عقد دفعت فلانة الى مطلقها فلان ابنها منه فلانا الصغير ليكون فى حضانته وكفالته بعد وجوب ذلك له

[illegible] بأعترافها بذلك فقبضه منها وصار عنده على الوجه المذكور وأشهد بذلك في كذا {بيان}
ولا تعود الحضانة اليها ان طلقت بعد ذلك على المشهور وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة والعتبية وقيل عنه في
غيرهما انها تعود ان طلقها الزوج أو مات قال ابن رشد وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبي حازم ووجه هذا

القول انه رأى أن التزوج من لضرورة بجعله عذرا كالمرض وانقطاع اللبن فانها ترجع اذا زال عذرها بلا خلاف قال وقد قيل ان حقها في الحضانة لا يسقط بالتزويج الا في جهة من حضن الولد في حال كونها مع الزوج فان خلت من الزوج ثم مات بعد ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها وكانت أحق بالحضانة من غيرها وهذا الاختلاف كله على القول بأن الحضانة حق الحاضن وأما على القول بأنها حق المحضون فلها ان تأخذ ولدها اذا خلت عن الزوج قولا واحدا وكذلك ان أسقطت الحضانة فيه فانها لا تعود لها بعد ذلك وان كانت أسقطتها لعذر من مرض أو سفر أو غير ذلك فانها تعود اليها بعد ذلك اذا ارتفع العذر {وسئل} ابن رشد في حاضنة سافرت الى موضع فلم يكن لها حمل المحضون فتركته لأبيه من أجل سفرها ثم رجعت عن قرب أو بعد هل ترجع على حضانتها أم لا وكيف ان كان خروجها الى الصائفة ثم ترجع هل لها ذلك {فأجاب} لا يسقط ذلك حقها في الحضانة ولها ان تأخذها اذا رجعت
من سفرها كما لو تركت حضانتها لابيه لانقطاع لبنها أو لمرضها فان لم تصرح باسقاط الحضانة وتركت المحضون اليوم
عند والده العام وأزيد فذكر ابن رشد انه يحكم عليها بسقوطها قال وقال ابن نافع لها ان تأخذه ومثله لابن القاسم في
المدونة ان لها أن تأخذه الا ان يكون عرض عليها فأبت ان تأخذه قال وهذا على الاختلاف في السكوت هل هو

الجمعة ونحوها حكاه سحنون في المدونة ذكره ابن حبيب في مختصر الواضحة وان كان الاجل
في دعوى الحرية ففي مختصر الواضحة قال فضل بن سلمة روى ابن القاسم ان العبد اذا أقام
شاهدا واحدا على الحرية وادعى شاهدا آخر انه يؤجل الشهرين والثلاثة لا سيما اذا
ادعى مغيب الشاهد الآخر وان كان الاجل لمن ادعى دابة أو أمة يخاف ان يغيب
عليها المدعى عليه فانها توقف اليوم واليومين فان أتى بشئ يوجب التوقيف والا اطلقت
عليها بيد صاحبها المدعى عليه قاله ابن زرب فان أقام على العبد أو الدابة شاهدا وطلب
المدعي ان يدفع اليه المدعى فيه ليذهب به الى موضع بينته فذلك له بعد ان يضع قيمته
ومنع من ذلك سحنون فان لم يرد ان يضع قيمته وقال يوقف حتى آتي ببينتي فان كان مما
يقرب وقف له ما بين الخمسة الايام الى الجمعة قاله سحنون وقيل الشهر ونحوه وسيأتي
ذكر هذه المسئلة في توقيف المدعى عليه بابسط من هذا وان كان الاجل في توقيف
المدعى فيه فالتأجيل في كل شئ بحسبه وهي مذكورة في محلها وان كان الاجل
قد ضرب للمديان في بيع الاصول فيؤجل نحو الشهرين قاله ابن زرب وغيره والمسئلة
مبسوطة في القسم الثالث وان كان الاجل في الاعسار بالصداق فعلى مذهب مالك رضي
الله تعالى عنه يؤجل الشهر والشهرين وهو خلاف قول ابن القاسم وفي المتيطية قال ابن
القاسم وليس الناس في التلوم سواء منهم من يرجى له ومنهم من لا يرجى له قال في المدونة
ولا أحد في ذلك حدا قال بعض الفقهاء وظاهر قول ابن القاسم هذا ان من لا يرجى له شئ
لا يتلوم له وانه يطلق عليه لوقته قال فضل بن سلمة وهذا مذهب ابن القاسم وهذا قبل الوطء
قال ابن الحاجب وللمرأة منع نفسها من الدخول ومن الوطء بعده ومن السفر معه حتى
تقبض ما وجب من صداقها فان لم يجد تلوم له بأجل بعد أجل ثم يفرق بينهما بطلقة فان
وطئها لم يبق لها الا المطالبة يريد انه صار دينا من جملة ديونها ولا تطلق المرأة على الزوج
عطله دينها أو باعساره به وقال مالك رضي الله تعالى عنه في كتاب محمد يؤخر السنتين ولا
يعجل عليه وقال في مختصر ابن عبد الحكم يضرب له أجل سنة وسنتين ثم يفرق بينهما وان
كان يجري النفقة وهذا في حق من يرجى له اليسار كالتاجر ينتظر نفاق السلع والاسواق
أو ينتظر مالا من بلده ونحو ذلك قال ابن حبيب ان اتهم انه اخفى ماله لم يوسع له في الاجل
وفي المسئلة أقوال وتفصيل ينظر في محله {مسئلة} اذا طالب أولياء الابنة صهره بالنقد
من الصداق وبالبناء بأهله فزعم انه معسر لا يستطيع اداءه وسأل التأجيل فيه والانظار
به فان القاضي يكلف الزوج اثبات عدمه بعد ان تثبت عنده الزوجية المذكورة فاذا
ثبت عدمه حلفه على تحقيق ما شهد له به من العدم ثم يؤجله بعد ذلك والاجل المضروب
له في اثبات العدم أحد وعشرون يوما قال بعض الموثقين وانما حددنا التأجيل في هذا
باحد وعشرين يوما لاتفاق القضاة بقرطبة وغيرها واستحسانهم في كثير من أحكامهم لها
وليس ذلك بلازم وهو موكول الى اجتهاد الحاكم واذا سأل الغريم الحاكم أن يؤخره بالدين

اليوم ونحوه و يعطى حميلا بالمال أخره قال ابن رشد والقضاة اليوم يؤخرونه ثلاثة ايام وذلك راجع الى اجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر من حال الغريم من لدد وغيره ووقع فى فتيا بعض الشيوخ فيمن سأل التأخير حتى يجمع المال أنه قال ليس على القاضى تأخير وانما عليه الحكم والاعداء فان ابى الطالب ان يؤخره فالحبس وانكر ذلك ابن سهل وقال هذا خلاف لنصوص مالك واصحابه والمسئلة مبسوطة بما فيها من الخلاف فى احكام حبس الغريم فى القسم الثالث من الكتاب والاجل المضروب فى اقامة البينة القريبة ما بين خمسة ايام الى الجمعة ويؤجل المطلوب اذا قال أمهلنى لانظر فى حسابى وأحقق ما أجيب به من اقرار أو انكار اليومين والثلاثة بحميل بوجهه وقال ابن عبد الحكم يمهله الحاكم بقدر ما يراه من غير تحديد لزمان المهلة فقد يطول الامر فى ذلك وقد يقصر ويؤجل المستمهل فى الاقدام على اليمين اليوم واليومين والاجل فى الدار التى يريد القاضى اعتقالها وايقافها فيسأله من هى بيده أن يمهله حتى يخرج منها متاعه فانه يمهله ثلاثة ايام والاجل لمن طلب الامهال لينظر هل يأخذ الحصة المستشفع فيها ثلاثة ايام وقيل لا يؤجل وكذا تأجيله لتحصيل الثمن اياما وأجل من يتلوم عليه الحاكم لاجل الانفاق فابى ان ينفق أو يطلق روى شهر بشرط ان لا يضر بالمرأة وروى ثلاثة ايام وقال ابن الماجشون شهران بالشرط المتقدم وفيها من الخلاف غير هذا والصحيح ان الاجل يختلف باختلاف الرجاء له (وأما) الاجل فى حق الزنادقة اذا ادعوا مدفعا فيما شهد به عليهم فذهب المحققين من الشيوخ ان المشهود عليه ان كان ممن استفاضت عنه الامور الموجبة للقيام عليه وكثرة الشهادات عليه فانه لا يعذر اليه ولا يضرب له أجل فى دفع من شهد عليه وان كان على خلاف ذلك فانه يؤجل شهرا لدفع البينات فان طلب أجلا آخر وظهر منه الصدق وطمع له بما يدفع عنه ما شهد به عليه أجل أجلا دون الاول أو مثله على حسب اجتهاد الحاكم وما يظهر له من حاله وان لم يظهر صدق قوله وظهر ان طلبه الآجال للدد ومماطلة لم يوسع عليه وانظر أحكام ابن سهل فى أول كتابه فى ذكر الآجال وفى أخره مسئلة ابى الخير الزنديق

{تنبيه} وما ذكره القاضى عياض فى المدارك من تأجيل هرون بن حبيب فيما شهد به عليه ونظرائه لم يكن تأجيلهم الشهرين وأكثر لدفع الشهود انما كان عقوبة ولكمال النظر فى تحقيق ما يجب عليهم فيما صدر منهم فاعلم ذلك والاجل فى حق المفقود فى المعترك بين المسلمين روى عن مالك انها تعتد بعد التلوم بالاجتهاد وروى بعد سنة وروى سنة فيها العدة

{فصل} وبعض الآجال لا يدخلها اجتهاد الحاكم كأجل المعترض وهو مدة سنة من يوم ترفعه ان كان حرا وان كان عبدا ففيه روايتان قيل مثله وقيل نصف سنة * وأجل المجنون جنونا حادثا يعزل عن زوجته سنة فان صح والا فرق بينهما * وأجل المفقود خبره اذا رفعت زوجته أمرها الى الحاكم فيؤجل الحر أربع سنين والعبد سنتين منذ يعجز عن

كالاقرار والاذن أم لا وهو اصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم {وسئل أيضا ابن رشد رحمه الله تعالى} فى رجل طلق زوجته وله منها بنت فتزوجت الزوجة وترك الاب الابنة مع أمها بعد ان تزوجت مدة من ثلاثة أعوام ثم أراد أخذها {فقال} اذا ترك الاب الابنة مع أمها المدة المذكورة فهو رضا منه بتركها ومسقط لما وجب له من حضانتها والواجب ان ترد الى أمها ويجرى الاب عليها النفقة وهى رواية وجدتها فى كتاب أبى اسحق التونسى (وفى) سماع أشهب سئل مالك رضى الله تعالى عنه عمن أوصى بابنته الى ولى فتركها مع عمتها حتى بلغت الجارية أو كادت ان تبلغ ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أو أمها وأرادت أخذها وأرادت الجارية ان تكون مع عمتها ورضى بذلك الولى (قال) أرى ان تترك مع عمتها اذا أحبت الجارية ورضى بذلك الولى ولا تأخذها الجدة وفى كتاب الاستغناء حكى بعض الشيوخ ان اليتيم اذا كانت له جدتان جدة للاب وجدة للام ولم يكن معه الا دار قيمتها عشرون دينارا أو نحوها فارادت الجدة للام بيعها عليه لتنفق ثمنها عليه فقالت جدة الاب أنا أنفق عليه من مالى ويكون معى وتكون له داره بقابه وليس له مال ينفق عليه منه عند جدة الام ان جدة الام أولى بالحضانة وقال المشاور ينظر الى الارفق بالصبى فانهما أولياء جميعا وقال فى حضانة أولاد السؤال والفقراء ومن لا قرابة لهم ينظر فى ذلك السلطان للاصاغر بالاحوط وما يراه صلاحا لهم من أحد الابوين وليس للحاضنة ان تنقل محضونها من موضع سكنى الاب الا فيما يقرب نحو المسافة التى تقصر فيها الصلاة قال ابن مغيث واذا انتقل الاب أو غيره من أولياء الطفل الوصى وغيره من السكنى فى البلد الذى فيه حاضنة الطفل لزم الحاضنة السفر معه للسكنى بالمحضون مع الولى هناك اذا كان بينهما مقدار ستة برد وما يقرب

خبره بعد البحث * وأجل المولى تمام أربعة أشهر من يوم الحلف على ما هو مذكور في محله بشروطه المذكورة ويلحق بالمولى من امتنع من الوطء بغير عذر ولا علة على ما هو مذكور في ذلك * والاجل الذي يوقف فيه ميراث الحمل على الخلاف في مدة الحمل * والاجل الذي يوقف فيه قسم المال للتعمير * والاجل الذي يوقف فيه عقل سن الصبي الذي لم يثغر على ما هو مذكور في محله * والاجل في تأخير قصاص ما سوى النفس حتى يبرأ * والاجل في تأخير العقل في الخطأ حتى يبرأ * والاجل في تأخير القصاص في الحر والبرد المفرطين وما أشبه ذلك من تأخير القصاص لمرض الجاني وتأخير الموالاة في قطع الاطراف وتأخير الحامل في استيفاء النفس وتأخير المرضع الى أن يوجد من يرضع على ما هو مذكور في ذلك * وأجل المرتد ثلاثة ايام على الخلاف فيه فهذه الآجال متبعة على ما قرره أهل المذهب وفيما ذكرته اشارة الى ما لم أذكره وتنبيه عليه ﴿مسئلة﴾ واذا أدخل القاضي أحد الخصمين تحت أجل أو أدخلهما معا على ما تقدم بيانه ثم عزل أو مات قبل انصرام الآجال لم يستأنف الذي ولي بعده ضرب أجل آخر ولينفذ الحكم من اليوم الذي انتهى اليه العزل أو الموت وكذلك الحكم في الخصمين اذا مات احدهما قبل انقضاء الاجل الذي ضرب له فانه يكمل في حق الآخر أو في حق ورثته من معين الحكام

﴿فصل﴾ قال ابن مالك القرطبي ولا يعد اليوم الذي يكتب فيه الاجل ولا يحتسب به كما لا يحتسب باليوم الذي يكتب فيه العهدة وفي العهدة خلاف انظره في باب الاسترعاء ﴿تنبيه﴾ واذا تم الاجل الاول لم يكتب الاجل الثاني في اليوم الثاني بعده ولا يحتسب به وكذلك يفعل في الآجال كلها ﴿تنبيه﴾ ويقول في التاريخ في الآجال كلها لكذا وكذا خلون ولا يقول خلت لانه لم تخل الليلة التي تؤرخ بها الا بانقضاء اليوم الذي أنت فيه وانما هو فعل مستقبل من المتيطية ﴿مسئلة﴾ والقاضي مصدق في التأجيل لا يحتاج أن يشهد عليه شهودا يريد في جميع وجوه التأجيل قاله في الطرر لابن عات في الجزء الثالث

﴿فصل﴾ والطريقة في كتابة الاجل ان كتب الحاكم ذلك بيده فانه يكتب أجلنا أو أجلت فلان بن فلان في المدفع الذي ادعاه في الشاهدين اللذين شهد عليه فيما ذكر في العقد الذي في أعلا هذا الكتاب بعد ان اعلمناه أو أعلمته بهما وبقبولي لهما وبثبوت ذلك عندي بشهادتهما ثمانية ايام أولها يوم كذا لكذا وكذا خلون من شهر كذا من سنة كذا فاذا انقضت كتب وأجلناه ثانيا من ستة ايام أولها كذا كما تقدم فاذا انقضت كتب وأجلناه ثالثا من أربعة ايام أولها كذا من شهر كذا فاذا انقضت كتب وتلومنا عليه بعد انصرام الآجال المضروبة له التي فوق هذا ثلاثة ايام أولها كذا كما تقدم وربما كتب في الاجل الثالث وأجلناه ثالثا دخل فيه التلوم من سبعة ايام أولها كذا * وان كتب عن القاضي كاتبه كتب أجل القاضي فلان بن فلان قاضي حاضرة كذا فلان بن فلان فيما ذهب اليه من اجل ما ثبت عنده عليه لفلان بن فلان في العقد الواقع في بطن هذا الكتاب بعد معرفته بما فيه وعمن ثبت

...الطفل أو غيره وقال أصبغ بريد بريد فان لم تسافر معه سقطت حضانتها وان كان السفر اقل من ذلك لم تسقط في قول مالك ولم يلزم الحاضنة الانتقال معه وبذلك مضت الفتوى من الشيوخ وقال بعض الشيوخ اذا كان الانتقال الى موضع مخوف من عدو أو ثغر مخوف أو كان في الطريق خوف فان كان ذلك فليس له أخذه قاله في الاستغناء وكذلك ركوب البحر بالمحضون هل للولي ذلك أم لا في ذلك اختلاف والاصح ان له ذلك قال ابن أبي زمنين ولا يحكم له بأخذه المحضون للسفر به حتى يثبت استيطانه عند حاكم البلد الذي رحل اليه حكاه عن بعض شيوخه (ويكتب ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمون انه قد استوطن مدينة كذا ستة أشهر تقدمت بنفسه وماله وحالته متصلة على ذلك في علمهم حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا ﴿بيان﴾ وأنكر هذا غير واحد من الشيوخ وقالوا ليس عليه ان يثبت الاستيطان قال ابن مغيث واذا أراد الرحيل من البلد الذي فيه الحاضنة الى بلد آخر ليسكن فيه حكم له بأخذ بنيه من الحاضنة ويرحل بهم اذا عرفت حقيقة ذلك وكان بين البلد الذي يخرج منه والذي يرحل اليه مسيرة ستة برد أو ما يقرب منها قاله مالك في كتاب محمد وبه مضت الفتوى عند الشيوخ قال في المجموعة وعليه اليمين انه يريد الاستيطان وليس عليه ان يثبت استيطانه وعلى ذلك يدل قول ابن القاسم واستحسنه ابن الهندي وغيره من الشيوخ فان كان سفره سفر نزهة أو تجارة فليس له أخذهم ولا يحكم له بذلك وتسقط الحضانة بأن يثبت ان الحاضنة غير مأمونة على الحضانة ولا مشتغلة بها (ويكتب في ذلك) عقد يعرف شهوده فلانة وابنها الصغير فلان بن فلان الكائن في حضانتها معرفة تامة ويعلمون انها غير مستحقة لحضانته ولا مأمونة عليه ولا مشتغلة بذلك وان الابن المذكور معها ضائع أجلا

أجلا قاطعا جامعا للتلوم وغيره من أحد وعشرين يوما أو من ثلاثين يوما أو غير ذلك أولها كذا لكذا وكذا خلون من شهر كذا من سنة كذا كما تقدم في أول كل أجل فاذا تم العقد بخط الكاتب كتب القاضي بخطه هذا صحيح أو هذا الاجل صحيح أو الآجال صحيحة

(الفصل الثالث في التعجيز) واذا انقضت الآجال والتلوم واستوفيت الشروط ولم يأت الشخص المؤجل بشيء يوجب له نظرا عجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجل وقطع بذلك تبعته عن خصمه في ذلك المطلوب ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة ان وقع عليها ولا يقبل منه بينة ان أتى بها كان هذا المعجز طالبا أو مطلوبا (تنبيه) فان كان الحاكم قد قضى على القائم باسقاط دعواه حين لم يجد بينة من غير مدور تعجيز ثم وجد بينة فله القيام بها ويجب القضاء له (مسئلة) واذا حكم القاضي على الغريم لعجزه ثم أتى ببينة بعد ذلك وزعم انه لم يعلم بها حلف وقضى له بها وقيل لا يقضى له بها وبه العمل وفي معين الحكام واذا أتى المعجز ببينة فهل تقبل منه أولا في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنها لا تقبل منه كان المعجز طالبا أو مطلوبا وهو قول ابن القاسم في رسم النكاح من سماع أصبغ في تعجيز الطالب قال بعض الموثقين واذا قاله في الطالب فأحرى أن يقوله في المطلوب والقول الثاني انها تقبل منه كان المعجز طالبا أو مطلوبا اذا كان لذلك وجه وهو ظاهر ما في المدونة اذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب أو المطلوب والقول الثالث ان ذلك يقبل من الطالب دون المطلوب وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات (تنبيه) قال في معين الحكام قالوا هذا الاختلاف انما هو فيما اذا عجزه القاضي باقراره على نفسه بالعجز وأما اذا عجزه بعد التلوم والاعذار وهو يدعي أن له حجة فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من الحجج (مسئلة) واختلف هل الاختلاف الذي ذكرناه في التعجيز يختص بالقاضي الذي وقع العجز عنده أو يكون ذلك له ولمن بعده من الحكام على قولين (مسئلة) اذا جاء القائم بعد انصرام الآجال بان له بينة يرتجيها نظر فان كانت قريبة أجله بعد ذلك وان كانت بعيدة وتبين لدده قضى عليه وارجى الحجة له وله القيام بها متى جاءت عند هذا القاضي أو عند غيره وان ولي بعده نقض ذلك الحكم بسبب ذلك اذا أتى بما ينفعه

(فصل) ولا يجوز للقاضي ان يعجز في ثلاثة أشياء العتق والطلاق والنسب قاله ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن وهب واختاره ابن حبيب وسيأتي ما ألحق بها وحكي عن ابن الماجشون انه يقول في الثلاثة الاشياء المذكورة كذلك واما غير ذلك من الدعاوي فيختلف أما كل ما كلف المدعي اثبات دعواه وتعديل شهوده سواء كان المدعى فيه مالا أو دارا أو عبدا أو ما أشبه ذلك ولم يكلف الذي هو في يديه بينة أو عملا من الاعمال يدخل على الحاكم شبهة في امرهما فعجز المدعي عن اثبات دعواه أو تعديل شهوده فان السلطان يدفعه عن المدعى عليه فقط ولا يجوز للحاكم أن يكتب للمدعى عليه كتابا يقطع دعوى المدعي ولا يسجل

في غير حرز ولا كفالة وحالته متصلة على ذلك حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا (بيان) اذا ثبت هذا الرسم فان الحضانة تسقط وتنتقل الى من هو أحق بها ممن هو مأمون قال ابن أبي زمنين وكل من له الحضانة من أب أو ذات رحم أو عاصب وليس له كفالة ولا موضعه بحرز ولا يؤمن في نفسه فلا حضانة له وتنتقل لمن فيه تلك الاوصاف قرب أو بعد قرب والد يضيع أولاده ويدخل عليهم رجالا يشربون فينتزعون منه * فان أسقطت الحاضنة حضانتها وأسلمت المحضون الى والده (فيكتب في ذلك) عقد أشهدت فلانة على نفسها انها أسقطت الحضانة الواجبة لها في ابنها أو حفيدها في ابنها أو ابنتها اسقاطا تاما أبدا وأسلمته الى والده فقبضه وصار عنده وفي كفالته ولم يبق لها في حضانته حق وشهد على فلانة وصهرها المذكورين بما فيه عنهما في كذا (بيان) اذا ادعى الاب على الحاضنة انها اسقطت الحضانة وأنكرت هي ذلك فعليها اليمين قاله ابن الهندي ويلزمها هذا الاسقاط ولا يعود الابن الى حضانتها الا باختيار والده وان التزمت نفقته وكسوته على ان يعود الى حضانتها بعد سقوطها لزمها ذلك كان سقوط حضانتها باسقاطها أو لسفر أو غير ذلك فان ماتت الام لم يتبع بذلك ورثتها في تركتها وقيل ذلك دين يؤخذ من تركتها والاول أصح كما لو مات الاب وقد صالحها عن نفقة الحمل أو الرضاع لم يتبع بشيء من ذلك (واذا) صالح الاب الحاضنة على مال دفعه اليها على ان تسقط حضانتها فالصلح جائز ولا قيام لاحدهما على صاحبه فان قام عليها في المال رجعت في حضانتها وقد نزلت ببلاد بعض الاندلس واختلف فيها بعض الشورى وافتى ابن رشد ان ذلك جائز ويلزمها ذلك على القول بان ذلك حق لها ولا يكون لها ان ترجع فيه ولا يلزمها على القول بان ذلك حق للولد ويكون لها ان ترجع فيه

عليه ولا يحدث له في ذلك حكما ولا اشهادا ويتركه وتحقيق مطلبه فتى جاء الطالب بما هو أحق مما جاء به أولا نظر له في ذلك الحاكم ومن كان بعده وأما لو كان الطالب قد أتى بشئ أوجب على المطلوب عملا مثل ان يثبت ان تلك الدار كانت لابيه أو لجده وهي اليوم في يد المدعى عليه فيكلف الذي هي في يده البينة كيف صارت اليه فان زعم ان ذلك حق من حقه بحيازته الزمن الطويل وهذا حاضر واتى على ذلك ببينة فتبقى بيد المطلوب ويقال للمدعى لم تركته يحوزها عليك هذا الزمان فان قال بكراء أو اسكان كلف البينة فان عجز عنها أو أقام بينة لم تعدل وضربت الآجال له فلم يأت بشئ عجزه السلطان عن أخذ ذلك وكان حقا على القاضي ههنا ان يكتب للمدعى عليه كتابا و يسجل له بحكمه ويقطع حجة المدعى عنه ثم ان أتى ببينة أحق من الاولى أو أعدل لم ينظر له في ذلك لا ذلك الحاكم ولا من بعده قال ابن حبيب وقوله هذا دقيق حسن ومن أخذ به لم يخط وقد اعلمت به اصبغ فاستحسنه وروى القول الآخر عن ابن القاسم وأشهب وابن وهب انه يعجز في الاموال والحقوق ولا ينظر بعد ذلك التعجيز في بينته لا هذا الحاكم ولا من بعده الا في العتاق والنسب والطلاق كما تقدم ﴿ تنبيه ﴾ قال ابن سهل ومما يشبه العتاق والنسب والطلاق الحبس وطريق العامة وشبهه من منافعهم ليس بعجز طالبه يوجب منعه أو منع غيره من النظر له ان أتى بوجه وقد شاهدت الحكم والفتوى بذلك في الحبس وفي الطرر لابن عات والدم مثل الطلاق والنسب والعتاق انظره في آخر الكتاب ﴿مسئلة﴾ اذا قام أحد الشركاء فخاصم في شئ فقضى عليه ثم قام أحد شركائه يريد المخاصمة فيه أيضا فان قام بما قام به المقضى عليه حكم عليه وألحقه به ولم تسمع حجته ولا بينته وان جاء بغير ذلك نظر له فيه ولم يعجزه وكذا من يدعى حقا للعامة وذلك مبسوط في تقسيم المدعى لهم في النوع السادس ﴿ تنبيه ﴾ ومذهب سحنون في الطالب كمذهب ابن الماجشون في ترك تعجيزه وأنه متى أحق حقه قضى له به ويقول في المطلوب متى حكم عليه بعد الاعذار واستقصاء الحجج والتسجيل انه لا تسمع بينته بعد ذلك ولا يقبل منه حجة يأتي بها

﴿فصل﴾ ينبغي للقاضي اذا أراد ان يسجل على الذي عجزه ان يعلمه ان اليمين له على المسجل له ان كانت القضية في مال وظهرت الخلطة وان كانت في طلاق أو عتق أو نكاح أو نسب أو ما ضارعه فلا يمين عليه وانظر في الركن الخامس في المقضى عليه أحكام الغائب وتعجيزه وترك تسمية الشهود في التسجيل

﴿فصل﴾ ولم تجر عادة الموثقين بافراد عقد للتعجيز وانما يضمنونه عقود التسجيلات فان افرد بالذكر قيدت فيه اشهد القاضي فلان على نفسه ان فلانا قام عنده وادعى على فلان كذا وانه ماله وملكه لم يخرج عن يده الى حين قيامه وحضر المدعى عليه فسأله القاضي عن ذلك فأنكر ذلك وثبت عنده انكاره بمن قبل من الشهود فكلف القائم الاثبات وأجله في ذلك أجلا بعد أجل على ما جرت به عادة الحكام في الآجال ثم تلوم عليه أجل

وهو ... وعلى غيره عوض ويرجع العوض لصاحبه ان كان عرضا قال ولا وجه لمن منع ذلك الصلح ولذ... وان تترك الحضانة على ثمرة لم يبد صلاحها وما أشبه ذلك من الغرر اذ ليس ذلك بمبايعة وانما هو صلح واذا قال الاب ليس لى ما انفق ويكون أولادى يأكلون معى فله ذلك ويبيتون عند الحاضنة بالليل وكذلك ان كان صانعا وأراد ان يعلمهم بالنهار فله ذلك ولا نفقة للحاضنة ولا أجرة على حضانتها وقيل لها ذلك ولها السكنى مع المحضون دون كراء وقيل تغرم حظها من الكراء

﴿فصل﴾ ويلزم الام ارضاع ولدها الا ان تكون مريضة أو غير ذات لبن أو شريفة لا يرضع مثلها فيكون على الاب ان يأتى لها بمن يرضعه فان طلقها الاب فانه يؤدى لها أجرة الرضاع على قدر حاله في العسر واليسر فان لم ترض بما فرض لها كان للاب أخذه ويدفعه لمن يرضعه فان لم يقبل غيرها أو كان الاب معسرا لا يقدر على أجرة كان عليها ارضاعه باطلا أو بما يقدر عليه وان كان موسرا ووجد من يرضعه بأقل من الاجرة المفروضة عليه فهل لها أخذه أم لا في ذلك قولان وان مات الاب فانها ترضعه بأجرة تأخذها من مال الطفل فان لم يكن له مال لزمها ارضاعه باطلا واذا أبت الام ارضاعه فأرادت دفعه الى أبيه فانه لا يؤمر بأخذه حتى يجد من يرضعه

﴿فصل الرضاع﴾ والرضاع كالنسب يحرم منه ما يحرم من الولادة فاذا أرضعت امرأة صبيا حرمت عليه لانها أمه وحرم عليه جميع بناتها التى أرضعتهن قبله أو بعده لانهن أخواته وكذلك سائر قراباتها هم منه ... التلوم بمنزلة قرابات أمه من النسب وصاحب اللبن بمنزلة أبيه تحرم عليه اخواته لانهن عماته وأمه و بناته وان كن من غير تلك المرأة المرضعة لانهن اخواته لابيه وكذلك سائر قراباته هم منه بمنزلة قرابات أبيه من النسب فقس على ذلك ويجوز ان يتزوج احد

التلوم المعلوم ولم يأت في خلال ذلك بشيء يوجب له حكما فسأل المدعى عليه تعجيزه وقطع دعواه عنه فاجابه القاضي الى ذلك وسأل الحاكم المدعي أبقيت لك حجة تحقق دعواك وقال لا فاستبان له عجزه فعجزه وقطع عن المدعى عليه طلبته وتعنيته وسجل بذلك واشهد به على نفسه في تاريخ كذا

{الفصل الرابع في توقيف الشيء المدعى فيه} وهو ثلاثة أنواع (النوع الاول) العقار وينقسم الى قسمين دور وأراض (واعلم) ان الاعتقال والتوقيف لا يكون بمجرد دعوى الخصم في الشيء المدعى فيه ولا يعقل على احد شيء بمجرد دعوى الغير فيه حتى ينضم الى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ والسبب كالشاهد العدل أو المرجو تزكيته واللطخ الشهود غير العدول * فاذا ثبت هذا فالاعتقال في الرباع على وجهين (الاول) عند قيام الشبهة الظاهرة أو ظهور اللطخ فيريد المدعي توقيفه ليثبته فالتوقيف هنا بان يمنع الذي هو في يده ان يتصرف فيه تصرفا يفيته كالبيع والهبة أو يخرجه به عن حاله كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه (الثاني) بعد أن يثبت المدعي دعواه في ذلك بشهادة قاطعة ويحاز الربع على ما يجب ويدعي المستحق منه مدفعا فيما قامت به البينة للمدعي فيضرب للمستحق منه الآجال فيوقف المدعى فيه حينئذ بان ترفع يد الاول عنه فان كانت دارا اعتقلت بالقفل أو أرضا منع من حرثها أو حانوتا له خراج وقف الخراج فان كانت الدعوى في حصة فتعقل جميع الدار والارض وجميع الخراج وقيل يعقل من الخراج بقدر ما ينوب الحصة المدعى فيها ويدفع باقيه للمدعى عليه ويؤمر باخلاء الدار من نفسه ومتاعه ويؤجل في اخلاء ذلك ثلاثة ايام ونحوها وفي المقرب والقول الاول عندي أولى بالصواب هذا حكم المدعى فيه اذا كان في الحاضرة وان كان في غير الحاضرة بعث الحاكم أمينا يعقل ذلك فان سئل المعقول عليه ان يترك في الدار ما يثقل عليه اخراجه اجابه الحاكم الى ذلك وبهذا اجرى عمل سحنون {مسئلة} واختلف في العقلة بشاهد واحد ففي أحكام ابن زياد ان العقل يجب بشاهد واحد عدل واليه ذهب سحنون في كتاب ابنه وفي أحكام ابن بطال عن ابن لبابة انه لا يعقل الا بشاهدين قال ابن بطال وهو قول ابن القاسم وقال ابن العطار في وثائقه لا تجب العقلة بشاهد واحد لكنه يمنع المطلوب بذلك ان يحدث في العقار بنيانا أو بيعا أو غيره ويتقدم اليه في ذلك بالقول ولا يخرج عن يديه {مسئلة} واذا ضرب الاجل للمدعي فان أتى بشيء نظر له فيه وان لم يأت بشيء حلف المطلوب انه ما يعلم ما ادعى الطالب حقا وترك الاعتقال عن الشيء المدعى فيه وهذا عند الحاكم الذي لا يقضي باليمين مع الشاهد وأما من يقضي باليمين مع الشاهد فانه يكلف الطالب شاهدا ثانيا فان أعياه أحلفه مع شاهده وقضى له بيمينه {مسئلة} وفي شهادات المدونة في رجل حفر في أرض بيده عينا فادعى فيها رجل دعوى واختصما الى صاحب المياه فاوقفهم حتى يرتفعوا الى المدينة فشكا حافر العين الى مالك فقال مالك قد أحسن حين أوقفها وأراه قد اصاب فقال

الطفل المرضع من النسب أخت المرضع وأمه من الرضاع لانه أجنبي وانما يقدر الطفل المرضع خاصة ولدا لصاحبة اللبن وصاحبه ومن أرضعت طفلا كان زوجها حرمت على صاحب اللبن لانها زوجة ابنه ومن أبان صغيرة حرم عليه من يرضعها الا انها أم زوجته (والرضاع) الذي يحرم هو ما كان في الحولين وما قاربهما كالشهر والشهرين فان فطم في نفس الحولين أو بعدهما واستغنى بالطعام ثم وقع الرضاع بعد ذلك فلا يحرم ويعتبر فيه ما وصل الى الجوف برضاع أو سعوط أو كحل أو وجور أو غير ذلك وفي الحقنة قولان وسواء كان اللبن من حية أو ميتة صغيرة أو كبيرة يائسة أو غيرها الا ان يكون لا يوطأ أمثالها لصغرها فانه لا يعتبر وكذلك لبن الذكور والبهائم لا يعتبر أيضا وكذلك ان كان مختلطا بماء أو طعام أو دواء حتى استهلك عنه فلا يعتبر عند ابن القاسم فان كان لم يستهلك عنه فانه يحرم واذا أرضعت المرأة صبيا ثم تزوجها زوج ثان واللبن مستصحب فاللبن لهما معا واذا وطئت بشبهة فاتت بولد يحتمل فاللبن لمن ينسب اليه الولد وقال محمد لهما معا فان كان من وطء يحد فيه فهل يعتبر أم لا في ذلك قولان (ويثبت) الرضاع بشاهدين وبامرأتين بشرط ان يكون ذلك فاشيا من قوله ما قبل العقد على المشهور فان لم يكن فاشيا فقولان والرجل والمرأة مثلهما وفي المرأة الواحدة اذا كان ذلك فاشيا من قولها قبل العقد قولان أحدهما انه لا يفسخ بذلك رواه ابن حبيب عن ابن القاسم والثاني انه يفسخ بذلك وهو في المدونة قاله ابن فرحون وهو الظاهر وان لم يثبت يستحب للزوج التنزه عنه وان كان يقول أجنبية فان أقر الزوج بذلك انفسخ النكاح كان اقراره قبل الدخول أو بعده (ويكتب في ذلك) عقدا اشهد فلان على نفسه ان زوجته فلانة كان قد تزوجها ولم يعلم ان بينهما حرمة رضاع وانه أعلم الآن ان فلانة أرضعتهما معا وانها أخته من الرضاع وصح ذلك عنده ففارقها

صاحب الارض أترك عمالى يعملون فاذا استحق الارض فليهدم فقال مالك لا أرى ذلك وأرى ان توقف فان استحق حقه والا بنيت قال ابن القاسم وهذا اذا كان للدعوى وجه والا فلا ﴿مسئلة﴾ وفى كتاب ابن الاصبغ وان كان المدعى فيه أصل نخل أو زيتون ونحو ذلك مما له ثمرة وكانت الثمرة يوم الدعوى قد طابت فهى للمستحق مالم تفارق الاصل وعليه ان يدفع للمستحق منه قيمة ما أسقى وعالج وان كانت أرضا فيها زرع قد خرج ابان زراعته فهو لزارعه ولا كراء عليه للشبهة ﴿مسئلة﴾ وفى المدونة فى رجل ادعى دارا فى يد رجل فأنشب الخصومة وأقام بينة غير قاطعة فأراد الذى فى يده الدار ان يبيع أو يهب قال ابن القاسم أرى ذلك له يصنع بها ما شاء مالم يقض بها للمدعى لان بيعه ليس مما يبطل حجة هذا ولا بينته قال سحنون قال غيره وليس له ان يبيع لان البيع غرر وخطر يريد انه قد يبيعه من ظالم لا يقدر على مخاصمته وقول الغير هو الاولى والاظهر ﴿النوع الثانى توقيف الحيوان﴾ وفى مختصر الواضحة فى العبد والجارية يدعيان الحرية اذا أقاما شاهدا واحدا عدلا فانهما يوقفان عن صاحبهما ويخرجان من يده اذا كان ما يدعيان من الشاهد الثانى قريبا وكذلك قال مالك وابن القاسم واصحاب مالك وفى التنبيه لابن الاصبغ ومن اعترف عبدا أو دابة أو غير ذلك من الحيوان بيد رجل وأراد توقيفه ليلطخه أو ليأتى على ذلك ببينة نظر فان كان فى ذلك بعد فليس ذلك له وان كان ما ادعى من البينة بموضعه ذلك وكل القاضى بالعبد ووقفه فيما اقرب من يوم ونحوه فان لم يأت بمن يشهد له فلا شئ له ثم لا يكون له يمين على المدعى عليه فى انكار دعواه لانه يقول لا علم عندى مما تقول فان ظن به علم ذلك حلف وأما ان أتى القائم بشهادة شاهد عدل انه عبده حلف معه واستحق فان نكل لم ترد اليمين على المدعى عليه لانه يقول لا علم عندى فان ظن به علم ذلك حلف كما تقدم وان أتى بلطخ كالقوم غير العدول يشهدون له بملكه أو عدول يشهدون انهم سمعوا انه سرق له مثل ما يدعى ولم تكن شهادة قاطعة أو كالشاهد العدل على البت ولم يرد ان يحلف معه وأراد المدعى أن يدفع اليه العبد ليذهب به الى موضعه ببينته فذلك له بعد ان يدفع قيمته ومنع من ذلك سحنون وعلى القول الاول فنفقة العبد فى ذهابه عليه ولا يكون للمدعى رفع العبد مالم يلطخه بشئ فان لم يرد أن يضع قيمته وقال يوقف حتى آتى ببينتى فان كان مما يقرب وقف له ما بين الخمسة الايام الى الجمعة قاله سحنون وقيل الشهر ونحوه فان انقضى الاجل تلوم له فان لم يأت اسلم الى من كان فى يديه بعد يمينه ان كان ممن يظن به علم ذلك كما تقدم فان أتى بعد ذلك بشئ يوجب له الحق حكم له به وان كان مما يبعد وفيه مضرة على المدعى عليه لم يجب توقيفه وأحلف المدعى عليه وخلى سبيله من غير كفيل يلزمه ﴿مسئلة﴾ واختلف فى نفقة ما وقف من الحيوان وفى غلته وممن تكون مصيبته ان هلك فى مدة الوقف ففى المدونة نفقته على من يقضى له به وغلته لمن هو فى يديه لانه ان هلك كان فى ضمانه وقال فى العتبية ان هلك فى الوقف ثم ثبت للمستحق كانت مصيبته منه فعلى هذا تكون الغلة له

والنفقة

[Margin commentary:]

...التى محرمة عليه بالرضاع واشهد بذلك فى الصحة والجواز فى كذا بمحضرهما وموافقتهما على ذلك (بيان) ان وقع هذا الفسخ بعد الدخول فعليه صداقها كاملا وان كان قبله فعليه نصفه ولا يسقط عنه الا ان توافقه الزوجة لانه يتهم على ذلك وان أقرت بذلك الزوجة دونه فان كان قبل الدخول فانه يفسخ وان كان بعده فلا يفسخ ولا يقبل قولها فى ذلك (ويكتب فى اثبات ذلك) عقد يعرف * شهوده فلانا وفلانة الزوجين المذكورين فى كذا بالعين والاسم المعرفة التامة ويعلمون انهما اخوان من الرضاعة أرضعتهما فلانة فى حولى رضاعهما يحققون ذلك ولا يشكون فيه وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فان شهد فيه امرأتان وكان ذلك فاشيا (فيكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده الزوجين فلانا وفلانة المذكورين فى كذا ولم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا من أهلهما وجيرانهما انهما اخوان من الرضاعة أو لم يزالوا يسمعون الشهيدتين فى الرسم فوقه فلانة وفلانة تقولان قبل عقد النكاح بين الزوجين المذكورين أن فلانة أرضعت الزوجين المذكورين فى حولى رضاعهما وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فاذا ثبت ذلك واعذر الى الزوجين فلم يكن لهما فى ذلك مدفع فسخ النكاح (ويكتب فى ذلك) عقد ثبت عند القاضى فلان وفقه الله الرسمان المقيدان بكذا وزوجية الزوجين المذكورين كل ذلك على أعيانهما واعذر اليهما فى ذلك فلم يكن عند أحد منهما مقال فى ذلك فاقتضى نظره أن فسخ النكاح المنعقد بينهما الثبوت ماذكر فيه وقضى بحله وحكم بذلك وانفذه بعد الاعذار كما ذكر وشهد على القاضى وفقه الله بما فيه عنه من ثبوت وحكم من اشهده به فى موضع نظره واشهد الزوجان بما فيه عنهما فى كذا

﴿العيوب فى أحد الزوجين قديمها وحديثها﴾

والنفقة عليه وقال ابن القاسم مثل ما قال مالك فى العتبية وزاد الا أن تكون جارية والمشترى مقر بالوطء وانه لم يستبرئها فتكون المصيبة من المشترى ولا يرجع بالثمن وقال سحنون المصيبة من المشترى حتى يحكم به للمستحق فتكون الغلة على ذلك له ورأى اللخمى المصيبة من المشترى والغلة له وقال ابن سهل كان بعض من أدركت يقول فى غلة المستحق لمن تكون ثلاثة أقوال أحدها انها للمدعى اذا شهد له شاهد عدل والثانى فى المدونة وقد تقدم والثالث فى الموطأ قال وما اغتلت الارض من غلة فهى للمشترى الاول يوم ثبت حق الآخر لانه كان قد ضمنها ﴿النوع الثالث﴾ توقيف ما يسرع اليه الفساد كاللحم ورطب الفواكه وما أشبه ذلك فان شهد للمدعى شاهد واحد وأبى أن يحلف وقال عندى شاهد آخر أو أتى بلطخ وادعى بينة قاطعة فانه يؤجل أجلا لا يفسد فى مثله ذلك الشئ فان أحضر ما يستحق به والا خلى بين المدعى عليه ومتاعه فان أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضى واحتاج الى تزكيتهما وخيف فساد المدعى فيه أمر القاضى أمينا فباعه ووضع ثمنه على يدى عدل يأخذه من استحقه فان كان المدعى انما ادعى ابتياعه من مالكه بثمن سماه وأراد اثبات ذلك ببيع المدعى فيه ان خشى فساده على ما تقدم وعليه اذا أثبت دعواه اداء الثمن المشهود به ويقبض هو ثمن السلعة المبيعة به بالحكم كان أقل من الثمن الذى اشتراه به أو أكثر ولو تلف كانت مصيبته ممن يقضى له به كان الهلاك قبل الحكم أو بعده

﴿فصل﴾ وفى أحكام ابن سهل انه يعقل بالشاهد الواحد العدل ما يغاب عليه من العروض وغيرها وأما الاصول فكما تقدم عن ابن العطار قال ورأى بعضهم ان الغلة لا تكون الا بعد شهادة عدلين وحيازتهما للعقار فزاد فى هذا القول الحيازة قال وهذا الذى يجرى عليه القضاء ببلدنا والحجة فى ذلك بينة وهى ان الغلة انما تكون بالضمان فهى للمطلوب حتى يقضى عليه وضمانها منه قبل ذلك ولا تكون للطالب الا اذا كان الضمان منه ولا يكون الضمان منه الا بشهادة شاهدى عدل وحيازتهما ﴿مسئلة﴾ ومما يلحق بالنوع الثانى ان من ادعى ماشية قبل رجل فان كان قبل غاصب وقفت له هى وغلتها حتى يأتى ببينة ويستبرئ أمره وان لم يدعها قبل غاصب وادعاها بوجه شبهة خرجت بها من يده فان جاء بشبهة بينة وأمر ظاهر وقفت له مع غلتها لو الا لم أر ذلك وأما رعيتها فى مدة وقفها فعلى الذى تصير له بمنزلة الكسوة والنفقة والعلوفة فى الدواب والرقيق اذا وقفت بالدعوى الظاهرة البينة أو بدعواه قبل غاصب فان ذلك كله ما دامت موقفة على من تصير اليه فان قدر الحاكم على ذلك بسلف أو انفاق من بيت المال وما أشبهه فذلك له والا كان أولاهما بان تؤخذ من الذى ملكه قائم فيها ولم يزل فاذا ثبت الاستحقاق أعداه به على صاحبه قال فضل بن سلمة فى مختصر الواضحة مذهب ابن القاسم ان النفقة بينهما فيما بين ذلك ثم يرجع بذلك على من استحق قال فضل وقد روى انه لا يرجع بشئ ورواه ابن نافع عن مالك رضى الله تعالى عنه ﴿الفصل الخامس فى توقيف مال الغائب ومال اليتيم﴾ ومن كتاب ابن حبيب قال اصبغ

وهى فى الرجال أربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج (فأما) الجنون فسواء كان جنون اطباق أو افاقة أو وسواس أو خنق الحكم فيه واحد ويجب فيه الرد فان كان من نفسه ولا يخاف عليها منه ففيه قولان والجذام والبرص كذلك يجب الرد من قليله وكثيره * وأما داء الفرج فى الرجل بأن يكون مجبوبا أو خصيا أو عنينا فالمجبوب المقطوع ذكره وانثياه والخصى المقطوع أحدهما والعنين الذى له ذكر صغير لا يمكنه الجماع به لصغره قال ابن حبيب أو أن يكون حصورا كالذى خلق بذكر صغير كالزر وهو نحو العنين ويلحق بذلك المعترض وهو الذى لا يقدر على الوطء لعلة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء وربما اعترض عن امرأة دون أخرى فاذا اطلعت امرأة على ان زوجها أحد هذه العيوب الاربعة قبل البناء أو بعده وأحبت فراقه رفعت أمرها الى السلطان فيطلقها عليه وقيل توقع عليه الطلاق دون أمر السلطان والاول أصح قاله ابن فرحون (ويكتب فى ذلك عقد ونصه) حضرت عند القاضى فلان فلانة وذكرت ان زوجها فلانا اطلعت بعد نكاحها معه على انه مجبوب أو خصى وحضر معها وأقر بذلك وثبت اقراره عند القاضى أو أنكر ذلك وكلفها اثباته فثبت ذلك عنده على نحو ما ذكر ودعت الى العراق فطلقها عليه طلقة واحدة بانت بها عنه بعد ان ثبتت لديه زوجيتهما على أعيانهما واعذر فى ذلك الى

من يجب بما وجب ان يعذر به فلم يكن عنده من أعذر اليه مقال ولا مدفع وحكم بذلك وانفذه وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من اشهده به واشهد الزوجان بما فيه عنهما اى كذا * فان كان العيب مما يرجى زواله وذلك الجنون والجذام والبرص والاعتراض فلا تطلق عليه الا بعد ان يؤجله فى معالجة ذلك عاما فان انقضى

المطلق ... تطلق عليه وان كان عبدا فيؤجل عاما ايضا وقيل ستة اشهر فيثبت عند القاضي عقد نكاحهما ومقالة الزوجة وجواب الزوج * فاذا ثبت العيب عند القاضي باقرار الزوج أو بغير ذلك فيكتب بأسفل العقد رسم الاجل (ونصه) أجل القاضي فلان فلانا الزوج المذكور فى كذا فى معالجة دائه المسمى بكذا والتداوى له أجلا من عام

كاملا أوله كذا بعد ثبوت ذلك لديه وثبوت زوجيتهما على أعيانهما وشهد على القاضي بما فيه عنه فى كذا فاذا انصرم الاجل وبرئ بقى مع امرأته وان لم يبرأ أمره بالطلاق فان أبى طلقها عليه (ويكتب فى ذلك بأسفل رسم الاجل مانصه) لما انصرم الاجل المقيد فى كذا حضر عند القاضي فلان الزوجان فلان وفلانة المذكوران فى كذا فاقر الزوج المذكور ببقاء دائه المسمى بكذا ويأسه من معالجته وثبت اقراره لديه بذلك وسألت منه الزوجة النظر لها فامره بطلاقها فابى ذلك وامتنع فطلقها عليه طلقة واحدة قبل البناء أو بعده بانت بها منه وحكم بذلك وانفذه بعد الاعذار كما يجب وشهد على القاضي بما فيه عنه من أشهده به واشهده الزوجان بما فيه عنهما وعرفهما فى كذا (بيان) وما حدث من هذه العيوب بعد انعقاد النكاح فحكمه حكم ما كان به قبل النكاح تطلق عليه الزوجة اذا دعت الى ذلك الا الاعتراض وحده فلا تطلق عليه اذا كان قد وطئها ولو مرة

واحدة وترد بالقليل والكثير من ذلك والحادث والقديم الا البرص الحادث بعد العقد فلا تطلق عليه على المشهور الا ان يكون كثيرا تشق رؤيته ولا يمنع المعترض من البناء فان ادعى انه أصابها فى خلال الاجل فالقول قوله مع يمينه ويمنع من ذلك المجنون والمجذوم والمبروص ويحبس المجنون فى الحديد ان خيف عليها منه ولا نفقة لها فى خلال الاجل ان فيكتبها

واذا رفع للقاضي ان رجلا غريبا مات ببلد القاضي وترك مالا وذكر ان ورثته ببلد كذا فانه ينظر القاضي فان كان البلد الذى ذكر الهالك ان ورثته به بعيدا جدا بعث بذلك المال مع ثقة الى قاضي ذلك البلد وكتب اليه بقصته وان لم يكن البلد بعيدا جدا حبس المال عنده وكتب الى القاضي ان رجلا يقال له فلان بن فلان الفلانى نعته كذا مات ببلدى وترك كذا أو كذا وذكر ان ورثته ببلدك فاذا ورد اليه الكتاب بعث اليهم ان عرفهم أو يسأل عنهم ان جهلهم فاذا أتوه أعلمهم ذلك وسألهم البينة على انهم ورثته فاذا ثبت ذلك عنده كتب لهم بذلك الى القاضي الذى عنده المال وبعثوا من يقبض لهم ما لهم وان جهل القاضي فبعث بالمال اليه فضاع لم يضمنه الباعث بخلاف الوصي يبعث بالمال الى أهله فيضيع قال أصبغ واذا بعث قاض الى قاض بمال فعلى الرسول ان يشهد بايصاله والا ضمن ان جحد القاضي المبعوث اليه قبضه أو مات أو عزل فلم يعرف للمال موضع الا ان يوجد فى ديوان الميت ذكره انا قد قبضنا من فلان كذا وكذا دينارا اقدم بها علينا من عند قاضي بلد كذا وهى لورثة فلان فيبرأ الرسول بهذا واذا لم يوجد المال ولا عرف موضعه فلا يضمنه القاضي ميتا كان أو حيا اذا قال فى حال حياته قد ضاع أو جهلنا موضعه وقال ابن القاسم فى رواية عيسى واذا دفع القاضي مالا الى رجل وأمره ان يدفعه الى فلان فقال المبعوث معه المال قد دفعته الى الذى أمرتنى بدفعه اليه وأنكر المبعوث اليه فان قامت له البينة على دفعه اليه والا ضمن (مسئلة) ومن كتاب ابن حبيب قال أصبغ اذا وجد فى ديوان القاضي بعد موته أو عزله ان عند فلان بن فلان من الاموال التى عندنا أو قال من مال فلان اليتيم كذا وكذا دينارا وأنكر الامين فانه يحلف ويبرأ ويضمن القاضي ذلك المال حيا كان أو ميتا لانه فرط حين لم يشهد عليه

(فصل) وفى سماع عيسى سئل ابن القاسم عما رفع الى القضاة من أموال اليتامى هل يستودعونها لهم أو يضمنونها فقال الضمان الذى يفعله بعض الناس وأهل العراق يضمنونها أقواما يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها حرام لا يحل والسنة فيها ان يستودعها من يوثق به اذا لم يكن لهم أوصياء فان كان لهم وصي لم تحرك من يده ان كان ثقة وان كان غير ثقة أخذها القاضي واستودعها من يثق به وان رأى القاضي أو الوصي دفعها الى من يتجر بها أو يقارض لهم أهل الثقة على النظر لهم فذلك حسن ولو اتجر فيها الوصي لنفسه أو من أودعه اياها القاضي فلا بأس ان كان مليا وليس بحرام والتنزه عنه أفضل وقد تقدم هذا الفصل فى آداب القاضي وهنالك زيادة وبيان أكثر من هذا وانما أعدته لما جرى به عمل قضاة القيروان ففى رسالة القضاء والاحكام فيما يتردد بين المتخاصمين عند القضاة والحكام ان بعض قضاة القيروان لما تحقق عندهم ان الامناء يتجرون بأموال الايتام لانفسهم كانوا يدفعون الاموال الى الامناء فاذا مضوا بها الى موضعهم عادوا الى القاضي فاقروا عنده أنهم ادخلوا فيها أيديهم وصرفوها فى مصالحهم حتى صارت بذلك فى ذمتهم

فيكتبها القاضي حينئذ عليهم في ديوانه انها صارت في ذمتهم بتحريكهم اياها ويذكر في ديوانه القصة كما جرت ويشهد على الامناء وذلك من القضاة هروب من قول ابن القاسم ان دفعها الى الامناء على ان يضمنوها حرام فتوصلوا بهذه الطريق الى تضمينهم اياها

(القسم السادس) في ذكر اليمين وصفتها وزمانها ومكانها والتغليظ فيها وما يتعلق بها من الاحكام * قال ابن راشد في كتابه المذهب اليمين تكون تارة لدفع الدعوى كالمدعى عليه بمال فينكره وتارة لتصحيحها كاليمين مع الشاهد وتارة لا تقفها كالحالف على نفي حق ثبت لصغير بشاهد وتارة لتتميم الحكم كيمين الاستبراء * أما صفتها فهي في الحقوق كلها بالله الذي لا اله الا هو لا يزاد على ذلك وروى ابن كنانة انه يزاد في ربع دينار وفي اللعان والقسامة عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم وفي مختصر الواضحة انما يحلف الحالف بالله الذي لا اله الا هو ولا يؤمر بأكثر من ذلك في الحقوق والدماء واللعان وكل ما كان فيه اليمين على المسلمين والنصارى واليهود والمجوس غير ان كل هؤلاء غير المسلمين انما يحلفون حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع عباداتهم ويرسل القاضي في ذلك رسولا يحلفهم بالله قال ابن حبيب واخبرني ابن عبد الحكم واصبغ عن ابن القاسم وابن وهب واشهب عن مالك مثل ذلك كله قال القاضي ابو الوليد وهذا هو المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ولا يزاد على أهل الكتاب الذي أنزل التوراة والانجيل (فرع) ووقع لمالك في الموازية أنه يقول في القسامة بالله الذي أحيا وامات وفي اللعان أشهد بعلم الله يعني ان ذلك جائز لا أنه لا يجوز غيره (فرع) وروى الواقدي عن مالك انه يزاد على اليهودي الذي انزل التوراة على موسى وعلى النصراني الذي انزل الانجيل على عيسى (تنبيه) ومن الكفار من لا يحلف بما يحلف به المسلم لانه ينكر ما يقوله أهل التوحيد ويحتجون ان ليس عليهم الخروج عن دينهم ليمين وجبت عليهم قال فيحتاط حتى يقول ما لا يخرج به عن الشهادة بالحق ولا يحلف بكفره وقال محمد في مجوسية أسلم زوجها فلاعنت فقالت أقول والنار فقال لا تحلف الا بالله (فرع) لو اقتصر على قوله والله أو قال والله الذي لا اله الا هو فقال اشهب بعدم الاجزاء فيهما وقال اللخمي مقتضى النظر انها يمين مجزئة لانها منعقدة وتجب بها الكفارة * وقد روى عن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهما انه رد يمينا على رجل كان ادعى عليه دعوى كاذبة فلما قام الرجل يحلف قال له اقتصر على قولك والله ففعل الرجل فما استتم يمينه حتى سقط ميتا فقيل له في ذلك فقال خشيت أن يمجد الله تعالى فيحلم عنه (فرع) وفي البيان والتحصيل قال وفي مختصر ابن شعبان أن من حلف عند المنبر فليقل رب هذا المنبر

(فصل) وهل يحلف قائما أولا قال ابن حبيب يحلف قائما مستقبل القبلة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك يختص بالحلف في المساجد وأما في غيرها فيكون

مثلها قبل البناء قاله ابن رشد واذا أنكر الرجل ان يكون به عيب وادعته المرأة فيثبت الجنون والجذام والبرص فيه بالمشاهدة ان كان في غير عورة فان كان في العورة ففي ذلك قولان أحدهما انه يصدق في ذلك ولا ينظر اليه والثاني انه ينظر اليه الرجال كما ينظر النساء الى المرأة من ضرورة وأخذ به بعض الشيوخ والمجبوب والخصي يعتبر بالجس على الثوب أو ينظر اليه الرجال على أحد القولين وأما المعترض فهو مصدق عند مالك رضي الله تعالى عنه والقول قوله في ذلك دون يمين وقال ابن عبد الحكم وأصبغ لا بد أن يحلف قال القاضي أبو محمد وهذا في الثيب وأما في البكر فينظر اليها النساء على أحد القولين وللمرأة رد الرجل أيضا اذا انتسب وألفته لقيطا أو عبدا وكذلك ان انتسب لقريش أو فخذ من العرب وشرط لها ذلك فوجدته على خلاف ما ذكر فلها الرد ان كان أدنى مما اشترطت فان كان أفضل مما شرط فلا خيار لها وان كان أدنى مما اشترطت وكان مثلها في النسب ففي ذلك قولان وكذلك للرجل ردها بما ذكر وهما سواء في ذلك

(فصل) واذا اشترط الرجل السلامة في المرأة فله ردها بكل عيب يجده بها باتفاق وان لم يشترط ذلك فله ردها عند مالك رضي الله تعالى عنه من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج وعند غيره مع ذلك من السواد قاله ابن حبيب اذا كان أهلها بيضا ومن القرع لانه يستتر ومن نتن الفم والانف والظاهر من قول مالك رضي الله تعالى عنه انها لا ترد من ذلك ولا ترد من عمى ولا عرج ولا شلل ولا غير ذلك من العيوب باتفاق الا ان يشترط السلامة كما تقدم * وداء الفرج بالمرأة كل داء يكون في الفرج مما يمنع الوطء كالقرن والرتق أو لا يمنعه كالعفل والنتن والاستحاضة والافضاء وهو اتحاد المسلكين والعفل شيء يخرج فيه كالادرة والقرن عظم

[illegible] فان كان شئ من هذه العيوب خفيفا فقال مالك ترده وقال ابن حبيب لا ترده الا ان يمنع اللذة وفي المدونة
[illegible] أهل المعرفة انه من عيوب الفرج ردت به حتى وان جامع معه ولا ترد المرأة الا بما كان بها من هذه العيوب قبل العقد
أوما حدث بها بعد العقد فلا ترده بخلاف الرجل وهي مصيبة نزلت به (وفي) مسائل ابن الحاج سئل
رحمه الله تعالى في صبية تزوجها
رجل فغصبت نفسها قبل
ان يبني بها واقتضت (فقال)
هي مصيبة نزلت بالزوج
فان شاء بقي معها وان شاء
طلق وأدى نصف الصداق
فان ظهر بها جذام أو غيره
فادعى الزوج ان ذلك كان بها
قديما وقال الاب بل حدث
بعد العقد فان كان قبل البناء
فالقول قول الزوج وعلى الاب
البينة وان كان بعد البناء
فالقول قول الاب وعلى
الزوج البينة قياسا على البيوع
ذكر ذلك ابن رشد قال بعض
المتأخرين وقد وهم في ذلك
ابن فتحون فذكر خلافه فاذا
اطلع الرجل على ان بالمرأة
أحد العيوب المذكورة وكان
بها قبل عقد النكاح واحب
الفراق رفع أمره الى السلطان
فيحكم له بالرد في الحال ان
كان لا يرجى برؤه وان كان
يرجى برؤه فيؤجلها في الجنون
والجذام والبرص سنة وفي
الرتق وغيره من عيوب الفرج
على قدر الاجتهاد قال ابن
فتحون وأجل في ذلك شهرين
(ويكتب في ذلك) عقد حضر
عند القاضي فلان وفقه
الله فلان الزوج المذكور
في كذا وذكر انه اطلع بعد
عقد النكاح بينه وبين زوجته المذكورة فيه ان بها عيبا كائنا بها من قبل العقد جنونا أو جذاما فيما
وحضرت معه وصدقته في ذلك وثبت اقرارها بذلك وزوجتهما على أعيانهما فاجلها في معالجة نفسها من الجنون
أو البرص عاما أوله كذا أو من الرتق أجلا من شهرين وشهد على القاضي بما فيه عنه من ثبوت وتأجيل من أشهده الزوجان

قعودا وفي البيان والتحصيل روى عن مالك في العتبية انه يحلف قائما وقال في المدونة ان
الحالف لا يستقبل به القبلة قال ابن رشد قول مالك ويحلفون قياما يحتمل ان يحمل على
التفسير لما في المدونة يعني انه يحلف قائما ولا يستقبل به القبلة وحكى ابن عبدوس عن
أشهب ان القيام في الايمان انما هو في اللعان والقسامة دون سائر الحقوق وفي المبسوط
لمالك أنه يحلف قائما دبر الصلاة وقد قيل ليس عليه ان يحلف قائما وهو قول ابن كنانة
انتهى من البيان ومن ابن شاس وقال ابن راشد قال مالك في كتاب ابن سحنون يحلف
جالسا يعني عند المنبر وفي الموازية قائما كما تقدم في العتبية (تنبيه) ومن قال بالحلف قائما
مستقبل القبلة فسواء عنده في ذلك الرجل والمرأة (مسئلة) وان كان الحق المحلوف عليه
أقل من ربع دينار لم يحلف قائما ولا مستقبلا بل يحلف بمكانه جالسا في أي موضع حكم عليه
(مسئلة) وفي وثائق ابن الهندي والمتيطية قال ابن وضاح قلت لسحنون ان ابن عاصم
يحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهم بذلك فقال ومن اين أخذها فقلت له من الاثر
يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور فقال مثل ابن عاصم يتأول هذا وابن
عاصم من رواة ابن القاسم وروى عن اشهب أيضا وكان محتسبا بالاندلس (وأما زمانها)
ففي الجواهر لابن شاس اختلف في التغليظ بالزمان ففي كتاب ابن سحنون من رواية ابن
كنانة يتحرى بالايمان في المال العظيم وفي الدماء واللعان الساعات التي يحضر الناس فيها
بالمساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين وقال مطرف وابن
الماجشون بذلك في الدماء واللعان فقط وقاله ابن القاسم واصبغ انتهى وعن مالك في
غير المدونة ان اللعان يكون باثر صلاة احب الى قال وقد كان عندنا بعد العصر وليس بسنة
وقال ابن شعبان بعد العصر والصبح وقيل بعد الظهر أو العصر وقال سحنون بعد العصر
سنة وفي المدونة انه يكون عند الامام وقال اللخمي ليس ببعد ان يكون عند القاضي أو
الفقيه الجليل يريد عن أمر الامام او القاضي واستحب غير واحد مذهب سحنون (فرع)
قال ابن وضاح قلت لسحنون ان ابن عجلان قال لي يحلف اليهودي يوم السبت والنصراني
يوم الاحد وقال اني رأيتهم يرهبون ذلك لقول مالك يحلفون حيث يعظمون فاعجبه وقال
المازري اختلف أشياخ القيروان في الطالب يسأل ان يحلف له غريمه اليهودي يوم
السبت هل يحكم على اليهودي بذلك فقال بعضهم هذا من حق المسلم فيحكم له بذلك وقال
بعضهم لا يقضى له بذلك وألف بعضهم على بعض في ذلك (تنبيه) وفي المتيطية الايمان انما
تجب بالنهار الا على أهل الستر والحجاب من النساء لان الايمان بالنهار أشنع فربما توقع
الحالف الشنعة فيرجع الى الحق وكذلك يجب ان يذكر في العقود التي تكتب في
الايمان انه ثبت عند القاضي ان فلانة من أهل الحجاب وممن يجب ان تحلف ليلا وان
القائم باليمين عليها ممن يعرف ذلك (وأما مكانها) ففي مختصر الواضحة قال ابن حبيب
قال لي مطرف سمعنا مالكا يقول وجميع مشايخنا بالمدينة في استحلاف الرجال والنساء

فيما ادعى عليهم أو اقتطعوه بأيمانهم كل امرله بال أو بلغ ربع دينار فصاعدا فان كان بالمدينة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم (تنبيه) وذلك اذا أبى الطالب أن يحلفه الا فى المسجد قاله مؤلف مسائل القضاء * وان كان فى غير المدينة من البلدان ففى مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم وفى البيان والتحصيل يحلف عند المنبر فيما له بال وفيما يبلغ ربع دينار فصاعدا عند المنبر قال ابن رشد ومالك لا يرى الاستحلاف عند المنبر الا فى منبر المدينة لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على منبرى كاذبا فليتبوأ مقعده من النار وما جاء من ذكر المنبر والحلف عنده فى غير المدينة فانما ذلك لحرمة موضعه من المسجد لا لحرمته فى نفسه اذ لو نقل عن موضعه الى موضع سواه من المسجد أو غيره لم تنقل اليمين عن موضعها الى حيث المنبر بخلاف منبر النبى صلى الله عليه وسلم حيثما كان فى المسجد وليس هو عند محرابه عليه الصلاة والسلام لانه زيد فى قبلته فبقى المنبر فى موضعه انتهى ومعناه ان المنبر فى مكانه فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس عنده محراب المسجد يعنى المحراب الذى فى القبلة ونسبة ذلك المحراب اليه صلى الله عليه وسلم كنسبة جميع المسجد اليه فيقال مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ولذلك قالوا ان الصلاة تضاعف فيما زيد فيه كما تضاعف فى المسجد القديم ولما زاد عمر رضى الله عنه فى المسجد من ناحية القبلة نقل محل الامام الى تلك الزيادة وكان فيها محراب واستشهد رضى الله عنه فى ذلك المحراب ثم زاد بعده عثمان رضى الله عنه من ناحية القبلة ايضا وانتقل محل الامامة الى المحراب الذى فى القبلة الآن وهو محراب عثمان رضى الله عنه وكان فى ايام مالك يصلى الامام فى محراب عثمان رضى الله تعالى عنه فلما قل الناس رجعوا الى محراب النبى صلى الله عليه وسلم الذى بين القبر الشريف والمنبر (فرع) قال ابن رشد وأما فى مكة المشرفة فبين الركن والمقام قال ابن راشد قال مالك يحلف بمكة عند الركن ولم يذكر بين الركن والمقام وفى مختصر الواضحة وسألت سحنون عن الحلف فى مكة بين الركن والمقام هل هو مثل الحلف بالمدينة عند المنبر فقال لا (فرع) وأما فى غير المدينة من جوامع الامصار فقد تقدم ما ذكره ابن حبيب فى الواضحة وقال ابن رشد أما اليمين فى غير المدينة من جوامع الامصار فعند المحراب وفى الطرر لابى ابراهيم الاعرج عند قوله فى التهذيب ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر فيه اشارة الى أن الجامع كله سواء وهى رواية فى المذهب (فرع) وفى الاحكام لابن سهل ولا يحلف فى مساجد القبائل فى قليل ولا كثير (فرع) ويحلف اليهود والنصارى فى كنائسهم حيث يعظمون منها قيل له ويحلف المجوسى فى بيت ناره قال يحلف حيث يعظم من بيت ناره أو غيره (فرع) وفى المتيطية واختلف فى اخراج المرأة من بيتها عند وجوب اليمين عليها قال فى المدونة تخرج المرأة فيما له بال فتحلف فى المسجد فان كانت ممن لا تخرج نهارا فلتخرج ليلا وتحلف فى بيتها ان لم تكن ممن تخرج (تنبيه) قال ابن راشد وحكى ابو عمر وابن عات فى الطرر

بما فيه عنهما فى كذا * فاذا انصرم الاجل ولم تبرأ واحب الزوج الرد (فيكتب فى ذلك ما نصه) لما انصرم الاجل المقيد بكذا وحضر عند القاضى فلان وفقه الله تعالى الزوجان المذكوران فيه وأقرت الزوجة ببقاء عيبها واليأس من معالجته وثبت اقرارها بذلك عنده وسأل منه الزوج النظر اقتضى نظره ان أباح له مفارقتها ان شاء ففارقها بطلقة قبل البناء بها وسقط عنه بذلك جميع مهرها وحكم بذلك وانفذه بعد الاعذار كما يجب وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا (بيان) فان انكرت المرأة العيب فان كان ظاهرا بها مثل الجذام والبرص بوجهها وكفيها نظر اليها الرجال قال ابن الحاج ويسئل الاطباء فى الجذام انه قبل عقد النكاح كما يشهدون انه قبل عقد البيع ولا يمين على الزوج كما قيل فى الشهادة فى الحيطان بدليل العيان لان شهادة الاطباء تقطع بقدمه وان كان فى سائر بدنها اثبته بالنساء فان كان بالفرج فلا ينظر النساء وهى مصدقة عند ابن القاسم وقال سحنون ينظر اليها النساء قال ابن مغيث وهو ظاهر ما فى النكاح الاول من المدونة ومقتضى اطلاق ما رواه ابن وهب وقال بعض الشيوخ معنى ذلك ان تجلس المرأة وخلفها امرأتان وتجعل المرآة أمام فرجها وتكون معاينة المرأتين فى المرآة فلا يخفى من داء الفرج شئ قال وهو وجه حسن قال ابن فرحون

نظر الرجال الى عورة الرجل جائز للضرورة كما ينظر النساء الى المرأة وحكى الباجى نحوه (وترد) المرأة أيضا اذا وجد فاعذيوطة وهى التى يكون منها الحدث عند الجماع لان ذلك عيب فى الوطء وان لم يكن من عيب الفرج ولها ان ترد الرجل بمثل ذلك وقد نزل ذلك فى زمان احمد بن نصر وه وممن سمع من محمد بن سحنون واختلف

فيما [illegible] ان ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه فقال يطعم أحدهما تيناو الآخر قلة وسافيعلم من هو منهما فان تزوجها على أنها بكر فألفاها غير عذراء فلا يردها روى ذلك ابن حبيب عن مالك رضي الله تعالى عنه الا ان يشترط عذراء لان اسم البكارة واقع عليها وان زنت

وأخذ به جماعة من الشيوخ قال الشيخ أبو الوليد ويردها ان كانت ثيبا من زوج وطئها وكتم ذلك لان اسم البكارة قد ارتفع عنها وحكى ابن القطان انه يردها وان لم يشترط عذرة (وفى) مسائل القاضي أبي الوليد بن رشد سئل فيمن تزوج في وقتنا هذا وشرط انها بكر ولم يشترط عذراء والبكر عند عامتنا انما هو بقاء العذرة وعليه يدخل من شرط في امرأته انها بكر فيجدها موطوأة هل له في ذلك مقالة (فقال) اختلف أهل العلم في هذه المسئلة فلم يعذره أشهب بالجهل في ذلك اذا قصر في أمره وترك ان يتثبت في ذلك ويسأل فرأى الشرط لا ينفعه الا ان يشترط عذراء أو يكون في الشرط بيان مثل ان يقول فان لم أجدها بكرا رددتها وهو مذهب سحنون فقد قال في رجل جاهل من الاعراب وقف في السوق فساوم في رأس من الرقيق فقال للتاجر هل فيه من عيب فقال له التاجر هو قائم العينين فاخذه على ذلك وذهب به ونقد الثمن فسأل عن القائم العينين فقيل له هو الذي لا يبصر بهما وهو عيب انه لا ينتفع بجهله والبيع له لازم قال الراوي ولقد عاودته مرارا فيها فأبى الا ذلك وقد

قيل انه يعذر بجهله في ذلك ويكون له ردها ان لم يجدها عذراء وهو ظاهر قول أصبغ والذي يأتي على مذهب ابن القاسم في الذي يشتري الياقوتة وهو يظنها ياقوتة فاذا هي غير ياقوتة ان له ان يرد البيع خلاف رواية أشهب عن مالك رضي الله تعالى عنه وهو أظهر القولين وأولاهما بالصواب ولا يجد الزوج ان قال وجدتها غير عذراء الا ان يصرح

ان كل امرأة تخرج بالنهار الى الحمام وغيره فانها تحلف بالنهار وان خرجت مستترة قال وعندي في خروج المرأة بالنهار الى الجامع كشف لها ولحالها وان كانت تخرج بالنهار لانها اذا خرجت للحلف عرف انها فلانة بخلاف ما اذا خرجت لغير ذلك وقد أخبرني بعض الفقهاء انها وقعت بتونس وانه وجد فيها نصا بذلك (مسئلة) قال ابن سهل وفي شهادات المدونة وأقضية المختلطة قلت أرأيت النساء العواتق وغيرهن من الاماء وأمهات الاولاد والمدبرات والمكاتبات أيحلفن في المسجد قال انما سألت مالكا عن النساء أين يحلفن فقال كل شئ له بال فانهن يحلفن فيه في المسجد الجامع قال ابن لبابة في منتخبه العواتق لا يمين على من لم تطلق منهن من الولاية الا في شئ يكون لمن يشاهد واحدا فانهن يحلفن فيه في المسجد الجامع كما يحلف السفيه فيه وفي مثل ادعائهن على الازواج الوطء بعد البناء (فرع) وأجاز سحنون في كتاب ابنه ان المرأة اذا ادعى عليها في دور وأرض وليست ممن يخرج ان تحلف في أقرب المساجد اليها (فرع) قال ابن كنانة في المرأة التي لا تخرج اذا ادعى عليها تحلف في بيتها واما ان أرادت ان تستحق حقا فلابد من خروجها الى مواضع الايمان وقال عيسى عن ابن القاسم ذلك سواء وتحلف فيما لها وعليها في المسجد الا ان يكون الشئ التافه فتحلف في بيتها (فرع) وفي المتيطية واختلف في القدر الذي تخرج فيه الى الجامع فقيل كالرجل وهو في الواضحة وقال ابن المواز ليس النساء كالرجال ولا يحلفن في المسجد الا في الشئ الكثير الذي له بال قال ابن محرز وهذا أشبه بظاهر الكتاب لان ما يلحق النساء من الخروج والمشقة والظهور للناس أشد مما يلحق الرجال وفي كتاب محمد انها تحلف في الجامع في دينار فاكثر وتحلف في بيتها في أقل من دينار (فرع) والمكاتبة وأم الولد كالحرة في أحكام اليمين والخروج الى المسجد وكذلك العبد ومن فيه بقية رق كالحر في اليمين (فرع) ومن باع ثوبا فرد عليه بعيب فادعى البائع انه بينه للمبتاع فانكر المبتاع وأراد يمين البائع عند المنبر فان كان نقصان العيب أكثر من ربع دينار لم يحلف الا في الجامع

(فصل) قال ابن سهل سألت ابن عتاب وابن مالك رحمهما الله تعالى عن الحلف عند المنبر في ربع دينار من الذهب القرمونية وكان فيها من الذهب نحو السبع فقالا لي لا يحلف فيه عند المنبر وقال لي ابن القطان مثل ذلك وخالف بعض من كان يفتي معنا وكان يرى اليمين عند المنبر فيما له بال وان لم يبلغ ربع دينار طيب وفي مفيد الحكام قال بعض المتأخرين يحلف عنده في القليل والكثير

(فصل) وأما التغليظ بالحلف على المصحف فقال ابن العربي هو بدعة لم يرد عن أحد من الصحابة وقد أجازه الشافعية انظر الاحكام في سورة المائدة وكان ابن لبابة يفتي في المريضة تجب عليها اليمين في مقطع الحق انها تحلف في بيتها على المصحف

(فصل) لابد من حضور المحلوف له أو وكيله لتقاضي اليمين فان تغيب وكل القاضي من

من يقتضيها اذا ثبت عنده تغيبه ولا يحلف القاضي المدعى عليه الا بسؤال خصمه أو قرينة حال تدل على طلبه لذلك من القاضي قاله المازري انظر ابن عبد السلام (مسئلة) وفي كتاب ابن حبيب قال ابن الماجشون واذا أمر القاضي رجلا ان يحلف رجلا فقال قد حلفته والطالب ينكر ذلك فقول المأمور نافذ

(فصل) اذا تقرر ان اليمين عند المنبر وفي مقاطع الحقوق وفي ربع دينار وفيما له بال فاعلم ان الحكم في ذلك عام في الحقوق المالية وغيرها * ونذكر من مسائل المذهب ما يدل على ذلك (مسئلة) فمن ذلك ما ذكره ابن سهل في رجل اشهد لامرأته انه ان غاب عنها في سفره أكثر من كذا وكذا فامرها بيدها بعد ان تحلف بالله لقد غاب عنها أكثر مما شرطه لها ثم تقضي في نفسها ما أحبت فغاب عنها زوجها أكثر مما شرطه فرفعت أمرها الى بعض الحكام واحبت ان تأخذ بشرطها وأقامت البينة على ما شرطه لها زوجها وعلى انقضاء المدة فحلفها الحاكم في بيتها وكان الحاكم الوزير أبا بكر بن حريش وكتب الى الفقهاء يستشيرهم في ذلك فكتب اليه أبو عمر بن القطان أما يمينها في بيتها فغير مجزئة واليمين واجبة في مقطع الحق قال ابن سهل وكذلك تحلف المرأة اذا أرادت تطليق نفسها منه لعدم النفقة انه ما ترك لها شيأ ولا أرسل اليها شيئ وقد شهد لها بذلك الشهود وكذلك يحلف مستحق الحيوان وشبهه في مقطع الحق ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بعد ان تشهد له البينة وكذلك نص عليه أبو عبد الله بن ابي زمنين في يمينها في محل القضاء لها بالاخذ بشرطها في المغيب بان الفقهاء اشاروا ان تحلف المرأة في مقطع الحق احتياطا للغائب فتحلف بالله الذي لا اله الا هو لقد غاب عنها زوجها فلان الغيبة التي شهد لها بها وما قدم عليها قال ابن سهل فهذا نص في ذلك ممن هو حجة وجواب في المسئلة المذكورة بان يمينها في بيتها لا تجزئ اذ ليس ذلك في شرطها ولا في كتاب الاسترعاء الذي قامت به يعني أن زوجها لو جعل لها ان تحلف في بيتها كان ذلك لها واذا لم يجعله لها فالاحتياط للغائب ان تحلف في مقطع الحق (مسئلة) وفي المتيطية اذا قامت المرأة على زوجها وهو غائب بعدم النفقة واثبتت ما يجب عليها اثباته فانه يؤجلها ثم يأمرها بالحلف في المسجد الجامع بموضع الحق ان زوجها فلانا لم يخلف عندها نفقة تنفقها ولا ما تعدى فيه بنفقتها ولا أرسل بشئ وصل اليها ولا وضعت شيأ عنه من ذلك فاذا ثبت عند الحاكم بشهادة من وجه لحضور يمينها انها حلفت اليمين المنصوصة كما يجب وفي الموضع الذي يجب فيه نظر في ذلك (مسئلة) وفي المتيطية اذا طلق زوجته بشئ من الكنايات المقتضية للبتات وذلك قبل البناء بها ونوى واحدة وشهدت البينة بلفظه وبادعائه النية فيه ثم أراد مراجعتها فلا بد من يمينه عند مراجعتها على ما نواه ويحلف في المسجد الجامع بالله الذي لا اله الا هو ما أراد بقوله لزوجته فلانة حبلك على غاربك الا طلقة واحدة (مسئلة) واذا ادعت المرأة ان زوجها طلقها واقامت عليه شاهدا وجب عليه ان يحلف لها على تكذيب الشاهد ويحلف على ذلك في المسجد الجامع

لان ذلك كان عن زنا لان العذرة تسقط بالوثبة والسقطة قال في غريب ابن عبيد وبالحيضة والتعنيس فاذا ذهبت بشئ من ذلك فينبغي لوليها اشاعة ذلك في صغرها (ويكتب في ذلك) عقد أشهد فلان على نفسه ان ابنته الصغيرة فلانة أو أخته رقت في درج أو سلم فسقطت منه وذهبت عذرتها فاشاع بذلك وأعلن به لئلا يظن بها غير ذلك وليرتفع العار اللاحق لها عند تزويجها في كبرها وشهد على اشهاده بذلك من عرفه ويعلم صغر البنت وفي كذا (بيان) قال ابن فتحون وينبغي للولي عند عقد نكاحها ان ان يعلم بذلك الزوج فان لم يفعل فهل له الرد في ذلك قولان أحدهما أنه لا يرد وهو ظاهر قول أشهب والثاني انه يرد حكاه ابن العطار قال ابن فتحون وهو الصواب عندي لانه عيب قد علم به يجب ان يبينه بخلاف المسئلة الاولى فانه لم يعلم به (وفي) كتاب الاستغناء سئل عبد الرحمن بن عيسى عن جارية بكر زوجها أبوها فاتت بولد لاربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت اني كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذي وذكر الزوج انه وجدها عذراء (فاجاب فيها) انها لا حد عليها اذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح ولها المهر كاملا الا ان تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر ما استحل منها

(الايلاء والظهار واللعان)

(الايلاء) في اللغة الحلف وفي الشرع الحلف على ترك الوطء في الزوجة بالله أو بغير ذلك من الايمان أكثر من أربعة أشهر أو مدة غير معينة فان حلف على أربعة أشهر فاقل فليس بمول وسواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها وقد جعل الله له تربص أربعة أشهر والعبد على النصف من الحر في ذلك فاذا انقضت أربعة أشهر وطالبته الزوجة بما يجب لها رفعته الى السلطان فان فاء والا طلقت عليه (ويكتب في ذلك

[بمجلس] القاضي فلان وفقه الله فلانة وذكرت ان زوجها فلانا آلى منها واعتزلها وترك مسيسها منذ [...] بتعمد حنث وحضر زوجها فلان المذكور ووافقته على ذلك فاقر به وثبت اقراره بذلك عنده وزوجيتهما على أعيانهما ودعت الزوجة الى النظر لها فخيره القاضي في الفيئة أو الطلاق فأبى من ذلك فعرض عليها الصبر في ذلك فأبت ودعت الى الفراق فطلقها عليه القاضي طلقة واحدة بعد البناء بها لك بها رجعتها ان فاء في عدتها وحكم بذلك وانفذه بعد الاعذار اليهما كما يجب وأشهد القاضي بعافية عنه من ثبوت وحكم من اشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا ﴿بيان﴾ وان كان ذلك قبل البناء فانها تبين منه ولا يكون له عليها رجعة والفيئة هو الوطء على المشهور والأجل في ذلك من يوم الحلف فان أنظرته المرأة بعد انقضاء الاجل الى أجل آخر فان لها ان تطلق عليه عند ذلك ولا يستأنف لها السلطان ضرب الأجل وكذلك امرأة المعترض بخلاف امرأة المعسر بالنفقة اذا ضرب لها أجل وأخرته فانها لا تطلق عليه الا بعد ان يضرب لها السلطان أجلا آخر وان كان مريضا أو مجنونا فانه يؤخر حتى يزول عذره ولا يؤجل وكذلك ان كان شيخا فانيا أو معترضا أو مجبوبا أو خصيا فلا حكم لايلائه فان حلف بطلاق امرأته على شئ أن يفعله قال ابن سحنون فان كان شيئا ممكنا في الوقت مثل ان يقول ان لم أدخل الدار فأنت طالق ونحوه فان السلطان يحول بينه وبين زوجته لانه على حنث ويضرب له أجل الايلاء وان كان المحلوف عليه غير ممكن في الوقت مثل ان يقول ان لم أحج أو نحو ذلك فانه يترك معها ولا يحال بينهما فاذا أمكنه ذلك حيل بينه وبينها وضرب له أجل الايلاء والاجل في هذا من يوم ترفعه المرأة بخلاف الايلاء المتقدم فانه من يوم الحلف فان ترك الوطء مضارا من غير

من المتيطية ﴿مسئلة﴾ ومن ذلك اذا رد المبتاع الامة بعيب فقال له البائع احلف انك ما وطئتها ففي المسئلة خلاف قيل لا يحلف وقيل يحلف وقيل لا يحلف الا أن يكون متهما ومن قال بالتحليف حلفه في مقطع الحق على ذلك ﴿فرع﴾ ومن ذلك أيمان اللعان وأيمان القسامة لا تكون الا في المسجد ﴿تنبيه﴾ وفي مختصر فتاوى ابن رشد للقاضي ابن عبد الرفيع اذا كان قيمة العيب أقل من ربع دينار وقال البائع بينته للمشتري فانكر المشتري فان كانت السلعة قائمة يجب ردها حلف المشتري في الجامع ما علم وردها الا ان اليمين متعلقة بما هو أكثر من ربع دينار وهو رد السلعة وان كانت فائتة ولم يجب للمشتري الا قيمة العيب لم يحلف المشتري في الجامع وهذا مثل المتبايعين يختلفان في الثمن في أقل من ربع دينار فيتحالفان في الجامع ويتفاسخان وكذا اذا اختلفا في الصرف فيما يوجب نقضه وان كان درهما واحدا

﴿فصل﴾ ولا يجلب الحالف في الايمان الى غير موضعه الا في القسامة فان مالكا قال يجلب الى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان في أعمالها قال ابن القاسم حيثما كانوا من أعمالها وأما اهل الآفاق فيستحلفون في موضعهم الا ان يكون قريبا من المصر نحو عشرة أميال ونحو ذلك قال مالك فاري ان يجلبوا الى المصر فيحلفوا في المسجد من مختصر الواضحة

﴿فصل في حكم النكول عن اليمين﴾ ونعني به نكول المدعى عليه أو المدعي اذا توجهت عليه اليمين فنكل عنها ولا يثبت الحق على المدعى عليه بمجرد نكوله كمذهب الامام ابي حنيفة بل لا بد مع نكوله من يمين المدعي ويتم نكوله بقوله لا أحلف وكذلك قوله أنا ناكل عن اليمين أو بقوله للمدعي احلف انت وأما تماديه على الامتناع من اليمين فان كان مع نطقه بمثل هذه الالفاظ فلا اشكال وان كان بدون هذه الالفاظ فيشبه الامتناع من الجواب وقد تقدم حكم ذلك في القسم الثالث من اقسام الجواب عن الدعوى * وينبغي للحاكم بيان حكم النكول بان يقول للمدعى عليه ان نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادعاه عليك وهذا والله اعلم على طريق الاستحباب فيمن يخشى منه الجهل بحكم النكول واذا تم نكوله بالنطق أو الامتناع من اليمين على ما تقدم ثم قال بعد ذلك أنا أحلف لم يقبل منه ولم يلزم ذلك خصمه الا أن يشاء وهذا مثل من قام له شاهد بحق وأبى ان يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له وأراد ان يحلف فليس له ذلك ﴿فرع﴾ ومن وجبت عليه يمين فامتنع منها حتى يبرز المطلوب المال الذي يحلف عليه وحينئذ يحلف فان ذلك لا يجب على المطلوب الا بعد يمين الطالب اذ لا يستحق المال الا باليمين فان قال اخشى ان أحلف ثم يدعي الذي احلفني العدم كان من حقه ان يشهد له صاحبه انه موسر وليس بعديم فاذا اشهد له بذلك حلف واستحق فان ادعى المطلوب العدم حبس حتى يؤدي فان شهدت له بينة بالعدم لم يسمع منها لانه قد اكذبها فثمرة اشهاده على نفسه تطويل سجنه حتى يؤدي ﴿فرع﴾ وأما لو ادعى المطلوب قضاء الدين فانكر الطالب ذلك وتوجهت اليمين على رب الدين

حلف أمر بازالة ذلك والعود اليه مرة بعد أخرى فان تمادى على ذلك فرق بينهما بعد التلوم وقيل بعد أجل الايلاء وكذلك ان سرمد العبادة فان ذلك لا يسقط حق الزوجة فى الوطء ويؤمر بجماعها فان تمادى كان مضارا وطلقت عليه قال حديس ولم يحد مالك فى ذلك حدا وقال ان جامع والا فرق بينهما وقال ابن

حبيب يخلو معها فى كل أربع ليال

الدين فنكل عنها وقلبها على المطلوب فنكل عنها أيضا فان المطلوب يلزمه غرم الدين لان الحق لم يثبت عليه الا الآن قال ابن عبد السلام ولا يبعد عندى أن يؤخذ عليه كفيل بالمال لان المطلوب الآن شاك فى براءة ذمته وقد اختلف المذهب اذا شك المطلوب هل يقضى عليه دون يمين تلزم الطالب أو لا بد من اليمين وعلى التقديرين فالحق قد توجه على المطلوب اذ هو فى معنى التوجه واذا انتهى الحق الى هذا الظهور كانت الكفالة بالمال هذه هى القاعدة وقال ابن عبد الحكم اذا سأل المطلوب ان يمهل لحساب وشبهه امهله الحاكم بقدر ما يراه من غير تحديد لزمان المهلة قال ابن عبد السلام وهو الظاهر لان اسباب الشك مختلفة فقد يطول زمان المعاملة بينهما ويكثر المال أو التقاضى وقد يقل ذلك فلذلك كان امهاله بقدر ما يراه الحاكم ويظهر له من أمرهما والله اعلم (مسئلة) ولو قال المطلوب حين قامت عليه البينة أمهلونى فلى بينة دافعة أمهل ما لم يبعد فيقضى عليه ويبقى على حجته اذا أحضرها ولو قال ابرأنى خالفوه فليحلف قبل ان يستوفى (مسئلة) وان توجهت اليمين على المدعى فلم يحلف وقال لى بينة قريبة فاطلبوا من الغريم كفيلا أخذ منه كفيل بنفسه ما بينه وبين خمسة أيام الى الجمعة

(فصل) فى مسائل متفرقة تتعلق بحكم اليمين (مسئلة) فى اليمين تجب للورثة ويتقاضاها احدهم * فى المتيطية اذا وجبت اليمين لورثة يملكون أمور أنفسهم على رجل فحلف المدعى عليه بأمر الحاكم وتقاضى اليمين أحدهم فيمينه تجزئ عن الجميع اذا كانت بأمر الحاكم وذلك حكم ماض وان كانت بغير أمر الحاكم فلكل من قام منهم عليه كلفه يمينا ثانية ومثله لابى بكر بن عبد الرحمن وقاله غير واحد من الموثقين وبه الحكم ولابى محمد بن ابى زيد فى أسولته خلافه وان لمن غاب منهم ان يحلفه وان كانت اليمين بأمر الحاكم (مسئلة) واذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزئه اليمين وكذلك اذا بدر باليمين بحضور خصمه قبل ان يسأله ذلك فان لم يرض بها لم تجزئه انظر المنتقى للباجى واحكام ابن سهل (مسئلة) ومن وجبت له يمين على غيره فحلف له ولم يشهد على يمينه أحدا ثم طلبه باليمين ثانية وانكر ان يكون احلفه فان الطالب يحلف انه ما أحلفه فاذا حلف وجبت له اليمين من المتيطية (مسئلة) اذا وجبت اليمين على امرأة وقال المحلف لها أنا طالب منها ان تحضر من يعرف عينها فانى أتوقع ان يحلف لى غيرها ولا توفينى حقى وذكرت المرأة انها لا تجد من يعرف عينها فمن حق المحلف لها ان يكلفها احضار من يعرف عينها الا ان اليمين عليها وجبت فمن حق المحلف لها أن توفيه حقه باحضار من يعرف عينها قال أحمد بن سعيد الهندى وقد نزلت وقيل فيها غير هذا وان على من يحلفها احضار من يعرف عينها وحسب المرأة ان تقول أنا هى حتى يثبت من يستحلفها انها ليست تلك المرأة قال والاول عندى اصوب لان من حق من يحلفها ان تعرفه بنفسها قال المتيطى وهذا الاختلاف اذا لم يكن المدعى يعرفها بالعين والاسم واما ان كان يعرفها وحلفت بحضر المدعى وحضوره ليمينها واقتضائه

ليلة وهو قسم المرأة مع ضرائرها وفى كتاب الاستغناء تقضى للرجل على زوجته من الجماع اذا تحاكما فيه بأربع مرات فى الليلة وأربع فى اليوم

(فصل) والظهار ان يقول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فيحرم عليه وطؤها والتلذذ بشئ منها حتى يكفر وان كان ممن يتهم فلا نترك يخلو بها وكذلك ان ذكر عضوا غير الظهر أو غير الام من ذوات المحارم فذلك كله ظهار فان ذكر أجنبية ففى ذلك خلاف فان لم يذكر ظهرها فقيل يكون ظهارا وقيل يكون بتانا فان ذكر الظهر فى الاجنبية فهو ظهار والكفارة تخرجه من ذلك فان لم يكفر وأبت الزوجة الصبر عليه ورفعته الى السلطان تلوم له فى ذلك المرة بعد المرة فان لم يفعل ضرب له أجل الايلاء من يوم ترفع أمرها الى السلطان على المشهور وقيل من يوم ظاهر وبالاول القضاء (ويكتب فى ذلك عقد) حضرت عند القاضى فلان وفقه الله تعالى فلانة وذكرت ان زوجها فلانا ظاهر منها منذ كذا واعتزلها وحضر معها زوجها المذكور فاقر

بذلك وثبت اقراره بذلك عنده وزوجيتهما على أعيانهما وسألت منه الزوجة النظر لها بتغييره السلطان فى الكفارة والعود اليها أو الفراق وتلوم له فى ذلك المرة بعد الاخرى وهو متماد على ابايته واضراره فضرب له القاضى فى ذلك أجل المولى أربعة أشهر أولها كذا وأشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وتأجيل من اشهده الزوجان

لها واعترافه أنها هي المطلوبة بالحق فلا وجه للخلاف وأي شئ يبقى بعد هذا ﴿مسئلة﴾ قال ابن ابي زمنين في المقرب ومن وجبت له على رجل يمين لبعض ما جرى بينهما من المعاملات في الاخذ والاعطاء فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك ان كنت تزعم ان لك عندي مطلبا غير هذا الذي تريد احلافي عليه لاحلف في جميع ذلك يمينا واحدة فهي من حق المدعى عليه بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك قبلي في هذا الميراث لاحلف على ذلك كله يمينا واحدة لم يكن له ذلك لان الميراث لا يحاط بالحقوق فيه قال وعلى هذا جرت الفتيا وقد تقدم في فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسئلة وفيها من الخلاف غير هذا ﴿مسئلة﴾ واذا ادعى رجل على رجل بحقوق نصها وزعم انه لا بينة له في بعضها وان له بينة على بعضها وذهب الى استحلاف المدعى عليه فيما لا بينة له فيه وانه يبقى على اقامة البينة فيما له فيه بينة فانه ان التزم ان لم تقم له بينة على ما زعم ان له فيه بينة ان لا يكون له يمين على المدعى عليه كان له ان يستحلفه فيما لا بينة له فيه فان اقام بينة على الباقي من دعواه والا فلا يمين عليه وان لم يلتزم ذلك لم يكن له ان يستعجل يمينه فيما لا بينة له عليه ويؤخر ذلك حتى تقوم له البينة التي زعمها على البعض فان اقامها والا جمع دعاويه وحلف له على الجميع من الوثائق المجموعة في باب الجمالة ﴿مسئلة﴾ ومن العتبية من رواية عيسى واصبغ عن ابن القاسم في المدعى يقول للمدعى عليه احلف وابرأ فيقول له الآخر بل احلف انت وخذ ما ادعيت فاذا هم باليمين بدا للمدعى عليه وقال لم أظنك تجترئ على اليمين قال ليس له ان يرجع وليحلف المدعى ويأخذ حقه كان ذلك عند سلطان أو عند غير سلطان وقد لزمه ذلك ﴿مسئلة﴾ اذا وجبت لرجل على امرأة يمين وهي من أهل الحجاب ووجبت يمين على الرجل لها فذهبت المرأة الى ان تحلف ليلا وان تحلف الرجل نهارا فقال الرجل اخاف ان احلف لها نهارا فاذا كان الليل نكلت عن اليمين وردت اليمين علي فاحلف مرتين مرة بالنهار ومرة بالليل فاذا التزمت المرأة انها لا ترد اليمين حلف الرجل لها نهارا وحلفت له المرأة ليلا وهذا نص في ان التزامها لعدم الرد يلزمها ﴿مسئلة﴾ اذا وجبت يمين على رجل فاراد الطالب تأخيرها واراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس فتعجيلها أوجب لمن طلب ذلك منهما ولا تؤخر نقله ابن عبد السلام في بعض تعاليقه عن ابن الجراح

﴿فصل في حكم اليمين المردودة وما يتعلق بها﴾ وفي المتيطية واحكام ابن سهل من وجبت عليه يمين فردها على من طلبه بها بحضره فسكت الذي ردت عليه حينئذ ومضى زمان ثم ذهب الى ان يحلف فقال الراد لا أمكنك الآن من اليمين وانا احلف على انكاري دعواك وانما ملكتك حينئذ فاذ لم تحلف وطال الزمان فاليمين انما بقيت على لا عليك والحكم في ذلك انه اذا رد اليمين فلا رجوع له فيها طال الزمان في ذلك أو قصر ويحلف الذي ردت عليه ويستحق بيمينه ما يحلف عليه وهو قول مالك رحمه الله تعالى وعامة أصحابه لا أعلم

بعد شهرهما في كذا * فاذا انقضى الاجل وتمادى على اضراره طلقت عليه (ويعقد في ذلك ما نصه) لما انصرم الاجل المقيد بكذا وحضر عند القاضي فلان وفقه الله الزوجان المذكوران فلان وفلانة وأقر الزوج انه لم يكفر حتى الآن فثبت اقراره بذلك عنده وسألت الزوجة النظر لها اقتضى نظر القاضي أن طلقها عليه طلقة واحدة تملك بها رجعتها ان كفر في عدتها وحكم بذلك وانفذه بعد الاعذار الى كل واحد منهما كما يجب وشهد على القاضي بما فيه عنه من ثبوت وحكم من اشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا ﴿بيان﴾ اختلف في العود ما هو فقيل هو الوطء نفسه وقيل العزم على الامساك وقيل ارادة الوطء قال ابن فرحون وهو الاظهر فان لم يقدر على الكفارة أو كان ممن لا يصح منه وطء كالخصي والمجبوب والعنين والشيخ الفاني فلا قيام للزوجة في ذلك ولا يؤجل والكفارة مترتبة على نص الآية والصيام فيها متتابع والاطعام على الشبع مد لكل مسكين بمد هشام وهو مد وثلثان من مده عليه الصلاة والسلام من عيش أهل البلد الغالب

﴿فصل﴾ واللعان بين كل زوجين وهو ان يدعي أن زوجته زنت أو ينفي نسب حمل بها أو ولدها ويحلف على ذلك وتحلف الزوجة على تكذيبه فاذا ادعى أنه لم يطأ زوجته قط أو لمدة لا يلحق فيها النسب لكثرة أو لقلة أو ادعى انه رأى امرأته تزني أو انه استبرأها قبل الحمل الذي بها ولم يطأها بعد فانكرت هي ذلك وترافعا الى السلطان وجب اللعان (فيكتب بينهم مقال الزوجين ونصه) تقول فلانة بنت فلان ان زوجها فلانا قذفها أو نفى حملها وحضر زوجها المذكور ووافق على ذلك وقال انه رأى زوجته المذكورة تزني أو انه تحقق انها زنت منذ كذا أو انه استبرأها قبل الحمل الذي بها بحيضة ولم يطأها بعد

بينهم فيه اختلافا ﴿مسئلة﴾ وفى المقرب لابن ابى زمنين ومن ادعى على رجل أن له عليه حقا بأمر ذكره من ميراث أو معاملة ودعا الى احلافه لم يكن له ذلك الا ان ينص على ما ادعى به عليه ويصفه كيما ان ردت عليه اليمين حلف على ما وصف قال وعلى هذا تجرى الفتيا ﴿مسئلة﴾ وفى المتيطية ومن وجبت عليه يمين فردها على من وجبت له عند سلطان أو غيره ورضى بان يحلف صاحبه و يغرم فلما جاء مقطع الحق نزع عن الرضا وندم على ذلك فقد لزمه الرضا كان عند سلطان أو غيره قال الشيخ أبو عمران فى مسائله وهذا متفق عليه وهى مسئلة المدونة فيمن قام له شاهد بحق فرد اليمين على المدعى عليه انه ليس له الرجوع فى ذلك ﴿مسئلة﴾ قال المتيطى عن ابى عمران وأما المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع عنها الى احلاف المدعى فذلك له قال وقد خالفنى فى ذلك أبو القاسم بن الكاتب ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين والصواب ما قدمناه ﴿مسئلة﴾ وفى وثائق ابن الهندى اذا أقر ورثة أن الملك الذى بايديهم حبس عليهم واتفقوا على وجوه مصارفه وانكر بعضهم ذلك لزمهم الاقرار فى حصصهم وعلى المنكر اليمين انه ما يعرف ان المحبس حبسه عليهم وليس له رد اليمين لان الحبس ليس كالطلق ولا يملك ملك المبيع من جهة مصيره الى الاعقاب والمرجع الذى جعله المحبس فليست يمين المدعى للحبس اذا ردت عليه عن نفسه وماله بل يمينه منقسمة على الاعقاب والمرجع وليس يحلف أحد عن أحد ولو انه نكل اذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس بنكوله فهذه وجوه تمنع من رد اليمين فى الحبس

﴿فصل﴾ فى جمع الدعاوى فى يمين واحدة وما لا بد فيه من يمينين ﴿مسئلة﴾ فى المرأة تثبت كالئها على زوجها المتوفى عنها فلما وجبت عليها يمين الاستبراء طلبت ان تكون يمينها فى الكالئ وفى جميع دعاوى الورثة يمينا واحدة وزعم الورثة ان عندهم بينة على دعاويهم فان القاضى ينظر فى ذلك فان كان لا يرجوا اثبات بينتهم حلفها على جميع ذلك والا حلفها على الكالئ وحده وكلفهم البينة على ما زعموا وقال بعضهم فان عجزوا عنها حلفت يمينا أخرى على ما بقى من الدعوى وقال بعضهم يسألهم القاضى عن بينتهم فان ذكروا من يرجى قبوله نظر فى قولهم وان ذكروا من لا يرجى لم يلتفت الى قولهم وحلفها على الجميع لانهم يريدون الاضرار بها وقال ابن سهل جمع الدعاوى فى يمين واحدة فيه خلاف والذى جرى به العمل جمع الدعاوى فى يمين واحدة الا فى يمين الرد فلا تجمع مع غيرها على ما ذهب اليه الشيخ أبو عبد الله بن عتاب قال ابن هشام فى مفيد الحكام مثال ذلك ان تكون اليمين قد وجبت على المدعى عليه ويجب له أيضا اليمين على المدعى فيردها على المدعى عليه فان المدعى عليه لا يجمع ذلك فى يمين واحدة ولا بد من يمينين مفترقتين وحكى ذلك عن شيخه ابى المطرف وعن الشيوخ قال ابن عتاب هى لمالك فى الموطأ وكتاب محمد وبه افتى الشيوخ عندنا ووقعت فى أحكام ابن زياد وفى رسم الرهون فى العتبية

ونفى نسب الحمل المذكور وأنكرت هى ما ادعاه من ذلك الانكار الكلى فبينهما الشرع واشهد بذلك فى كذا ولا بد من ثبوت زوجيتهما فاذا ثبتت زوجيتهما لدى القاضى ومقالتهما الزم الحكم بينهما (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا وفلانة بالعين والاسم معرفة تامة و يعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها من غير طلاق وقع بينهما ولا فراق بوجه حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فاذا ثبت المقال وزوجيتهما (تكتب فى ذلك ما نصه) لما ثبت عند القاضى فلان وفقه الله رسم المقال المقيد بكذا وزوجية الزوجين المذكورين به ثبوتا تاما ووجب الفصل بينهما فاقتضى نظره ان أحضرهما مجلس حكمه بكذا ووعظهما بالله تعالى وخوفهما عقابه فتماديا على ما زعماه من ذلك ولم يرجع أحد منهما عن قوله فامرهما بالالتعان بين يديه بموضع حكمه من المسجد الجامع بكذا وبدأ بالزوج فلان على الواجب فقام على قدميه واستقبل القبلة وحلف أربعا قال فى كل واحدة منها أشهد بالله لقد رأيتها تزنى ولقد استبرأتها بحيضة قبل حملها ولم أطأها بعد ثم خمس ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وذلك بمحضر الزوجة وعلى عينها وهو يشير اليها وحلفت هى بعده بالموضع المذكور قائمة مستقبلة القبلة أربعا قالت فى كل واحدة منها أشهد بالله ما زنيت ولقد كذب على فيما ادعى وخمست بأن غضب الله عليها ان كان من الصادقين وثبت عند القاضى المذكور التعانهما والتعانهما كما يجب ووقعت الفرقة بذلك بينهما وحرم عليهما ان يتناكحا أبدا على ما احكمته السنة وسقط به نسب الحمل الذى بفلانة منه ونظر القاضى فى ذلك نظرا أوجب امضاءه والحكم به والاشهاد عليه بعد ان أعذر الى كل واحد منهما اعذارا أوجب ان يعذر به اليه فلم يكن عند واحد منهما فى شئ من ذلك مقال ولا مدفع وشهد على القاضى بما فيه

نحو هذا فى تفريق الايمان فانظره قال ابن سهل وسئل مالك عمن كان بينه وبين امرأته منازعة فى بيت وكانت هى بنت عمه فحلف بطلاقها البتة مالها فيه حق فجاءت بالبينة انه لجدها وجاء الرجل بالبينة ان أباه كان يحوزه دون اخوته ويسكنه وجاء بشاهد واحد فشهدان أباه كان قد استخلصه من اخوته قال مالك رحمه الله تعالى أرى ان يحلف بالله الذى لا اله الا هو ان حقه لحق ومالها فيه حق وان الذى حلف عليه من الطلاق لحق ويخلى بينه وبينها وهذه من قول مالك بن انس فى جمع أشياء فى يمين واحدة قال ابن الفخار وجه الصواب ان الدعاوى وان كثرت فيجمعها يمين واحدة عندنا وان كان الناس قد تنازعوا اذا كثرت الدعاوى هل يجمعها يمين واحدة أم لا ونقل ابن سهل عن أصبغ تفريق الايمان وكذلك نقله عن مطرف فيمن ادعى دابة أو عبدا أو ثوبا بيد رجل لابنه الغائب أو أبيه أو جاره على وجه الحسبة والحبس عليه وكلهم غائب فان القائم فى ذلك يمكن من ايقاع البينة لانها أشياء تحول وتفوت فاذا أتى الغائب وقد كانت قامت له بينة عادلة حلف بالله ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه حق وان كان انما قام له شاهد واحد حلف مع شاهده ان حقه لحق وحلف أيضا انه ما باع ولا وهب ولا خرج عن يده بوجه حق فجعل عليه يمينين وذكروا من المسائل التى تفرق فيها الايمان عدة مسائل ﴿مسئلة﴾ واذا شهد رجل على آخر انه حلف بطلاق زوجته ان لا يدخل الدار ودخلها وشهد عليه آخر انه حلف ان لا يركب الدابة وركبها فقد اختلفا فى أصل الشهادة فعليه يمينان يحلف انه ما ركب الدابة فيدفع عنه شهادة الشاهد الواحد ويحلف انه ما دخل الدار فيدفع عنه شهادة الشاهد الآخر على دخولها من مختصر الوقار الكبير واذا قلنا بتفريق الايمان فقد يحلف ثلاثة ايمان وأكثر من ذلك * فمن ذلك ما ذكره أبو ابراهيم الاعرج فى طرر التهذيب فى كتاب العيوب قال اذا قام رجل بعيب فى سلعة والذى باعها غائب ورفع ذلك الى الحاكم فانه يكلفه اثبات سبعة أشياء الابتياع ونقد الثمن وقدره وامد التبايع واثبات العيب الذى يوجب الرد وهو كل ما ينقص الثمن وانه أقدم من أمد التبايع واثبات الغيبة بحيث لا يعلم أبعيدة أو قريبة ثم يكلفه ثلاثة أيمان انه بيع صحيح وانه لم يتبرأ منه وما أعلمه ولا بينه له وانه لما اطلع بعد البيع عليه ما رضى له وعلى القول الآخر فله جمع ذلك فى يمين واحدة ﴿مسئلة﴾ ومن المواضع التى ذكروا انه يلزم فيها يمينين ما ذكره الشارمساحى فى شرح الجلاب قال اذا أحضر المدعى خط المقر وشهد له شاهد أن هذا خط المقر ففيها روايتان احداهما انه يحلف مع شاهده ويستحق قال وعلى هذه الرواية فيحلف يمينين احداهما مع شاهده وأخرى يكمل بها السبب فلا بد من يمينين لان ذلك على جهتين مختلفتين

﴿فصل فى الدعاوى التى لا توجب اليمين وحكم الخلطة﴾ قال المتيطى اختلف فى الدعوى اذا لم تحقق فظاهر مسئلة النكاح الثانى من المدونة ان اليمين لا تجب الا بتحقيق الدعوى

بمجرد تكون... [illegible] وتحكم من اشهده الزوجان بما فسمعه منهما وحضر الايمان المذكورة وسمعها واستوعبها من كل واحد منهما وتوعاها وقيد على ذلك شهادته فى كذا ﴿بيان﴾ فاذا قال انها زنت ولم يدع رؤية ولا نفى حملا ففى ذلك قولان وكذلك ان نفى الحمل ولم يدع الاستبراء فقال ابن القاسم يلاعن وقال المخزومى وغيره يحد ويلاعن قال ابن رشد فى كتاب البيان له اللعان على ستة أوجه ثلاثة منها متفق عليها وثلاثة مختلف فيها فالمتفق عليها ان ينفى حملا لم يكن مقرا ويدعى الاستبراء أو يدعى رؤية لا مسيس بعدها فى غير ظاهرة الحمل أو ينكر الوطء فيقول ما وطئتها قط أو منذ وضعت أو منذ مدة كذا لما لا تلحق الى مثله الانساب من كثرة أو قلة والثلاثة المختلف فيها ان يقذف زوجته ولا يدعى رؤية أو ينفى حملا ولا يدعى الاستبراء أو يدعى رؤية لا مسيس بعدها فى حامل بينة الحمل لان ابن الجلاب حكى فيها ثلاث روايات عن مالك رضى الله تعالى عنه ايجاب الحد ولا لعان وايجاب اللعان وثبوت النسب وايجاب اللعان وسقوط النسب فان قال انها زنت ولم يدع رؤية ولا نفى حملا ففى ذلك قولان وكذلك ان نفى الحمل ولم يدع الاستبراء فقال ابن القاسم يلاعن وقال المخزومى وغيره يحد ولا يلاعن وتجزئه حيضة واحدة فى الاستبراء على الاشهر وقيل ثلاث ولا بد من ثبوت الزوجية ان لم يكونا طاريين ولا يكفى فى ذلك اقرارهما الا ان يكون نكاحهما فاشيا معروفا فان كانا طاريين وجب اللعان على اقرارهما ولا يكون اللعان على الحمل الا بعد ثبوته بشهادة امرأتين وقد روى عن مالك رضى الله تعالى عنه انه لا يجب اللعان حتى تضع واختلف هل يجب على الزوج اذا ادعى رؤية أو نفى حملا ان يسجن حتى يقع اللعان أم لا فقال الباجى يسجن وقال غيره وهو أبو عمر بن عبد الملك كذلك أيضا الا انه قاذف واذا كانت امرأة لم يدخل بها

الدعوى لانه قال اذا وقع الاختلاف فى الصداق بعد الموت فان كان قبل البناء فالقول قول المرأة أو ورثتها وان كان بعد البناء فالقول قول الزوج أو ورثته غير ان اليمين لا تجب على ورثته الا ان تدعى المرأة أو ورثتها عليهم العلم بأنه لم يدفع شيأ فتجب اليمين فى ذلك عليهم ولا يمين على غائب ولا على من يعلم انه لا علم عنده فلم يوجب على ورثة الزوج اليمين حتى يدعى عليهم ورثة الزوجة العلم وكذلك مذهبه فى كتاب التدليس فى الدابة اذا ردت بعيب فطلب البائع يمين المشترى انه لم يستخدمها بعد معرفته بالعيب فقال لا يمين عليه الا ان يحقق الدعوى أو يدعى انه أخبره بذلك مخبر قال ابن أبى زيد يريد مخبر صدق فهذا يدل على اسقاط اليمين وأما ما يدل على انها تجب بغير تحقيق الدعوى فما وقع فى كتاب الوكالة فى مسئلة الوكيل اذا قبل الدراهم ولم يعرفها وكذلك مسئلة فى كتاب الشفعة فى الموهوب له الشقص أو المتصدق به عليه فقال أخاف انك ابتعته منه أو عاوضته سرا وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتما فاحلف لى فقال ان كان ممن يتهم حلفه والا لم يحلفه فاوجب اليمين هنا مع عدم تحقيق الدعوى ﴿مسئلة﴾ قال الرعينى فى كتاب الدعوى والانكار ولا تجب على أحد يمين بدعوى حد من الحدود فى قذف ولا فرية ولا مشاتمة ولا تعريض يجب به حد ولا تعزير ولا بدعوى قصاص فى قتل ولا جرح عمد ولا بدعوى الدية بقتل الخطأ ولا جراح الخطأ ولا بدعوى حوالة ولا حمالة ولا كفالة ولا بدعوى نكاح ولا بدعوى عتاقة ولا تدبير ولا بدعوى أمة للولادة والسيد منكر لوطئها ولا بدعوى وراثة ولا بدعوى نسب ولا ولاء ولا قرابة كانت الدعوى من قبل المدعى أو من قبل أبيه أو جده أو أحد من ذوى قرابته ولا تجب بدعوى طلاق ولا تخيير ولا تمليك ولا خلع ولا مبارأة ولا بدعوى غصب على من ليس من أهل ذلك ولا بدعوى سرقة على من لم يشتهر بها ولا عرف انه ذهب للمدعى شئ الا بقوله ولا بدعوى امرأة على رجل صالح انه غصبها نفسها ولو جاءت تدمى ولا يمين بدعوى شئ مما ذكرناه ﴿تنبيه﴾ انظر قول الرعينى ولا بدعوى كفالة ففى المدونة عن ابن القاسم اذا ادعى رجل على رجل كفالة فقال ابن القاسم لا بد من الخلطة قال ابن راشد يريد خلطة صحبة ومؤاخاة لا خلطة مبايعة قال ابن محرز ظاهر المدونة ان الخلطة تعتبر بصحبة مدعى الدين والمدعى عليه الحمالة والصواب عندى انه يراعى ذلك من الغريم والمدعى عليه الحمالة ووجه ابن يونس ظاهر المدونة بأن الذى له الدين يقول انما وثقت بمبايعة من لا أعرف لكفالتك اياه فلذلك توجهت له عليه اليمين وقال ابو عمر وابن الحاجب كل دعوى لا تثبت الا بشاهدين فلا يمين بمجردها ولا ترد كالقتل العمد والطلاق والعتق والنسب والولاء والرجعة ويلحق بذلك الاسلام والردة والكتابة والتدبير والبلوغ والجرح والتعديل والشرب والحرابة والشركة والاحلال والاحصان وكذلك الوكالة والوصية عند أشهب فهذه المواضع مع ما ذكره الرعينى لا يمين بمجردها * ويلحق بذلك مسائل (منها) من ادعى

وظهر بها حمل فادعته عليه ونفاه هو فانهما يلتعنان ولا ينتفى منه الا باللعان اذا ادعت انه كان يغشاها وكان ذلك يمكن وجاءت به لستة أشهر فاكثر من يوم تزوجها فان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا صداق لها ولا لعان فان لاعن قبل ان تضع الحمل فاتت به لاقل من ستة أشهر لم يكن لها صداق ولا تحرم عليه بالتعانهما الا انها كانت غير زوجة له قاله ابن الماجشون ومحمد بن المواز وحكى الباجى فى نص اليمين انه اذا قال فى الايمان اشهد بالله أجزأه على نص القرآن فان لم يقل أشهد وقال بالله لم يجزه حتى يقول الذى لا اله الا هو وان ثبت انه وطئها بعد الرؤية حد ولحق به الولد وكذلك لو علم بالحمل وسكت انه يحد ويلحق به الولد وكذلك ان كانت أمة (ويكتب فى ذلك) عقد يعرف شهوده فلانا وانه أقر لهم ان زوجته فلانة أو أمته فلانة حامل منه وسمعوا ذلك منه منذ كذا وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فان رجع أحدهما قبل تمام اللعان بكلمة فانه يثبت النكاح ويجب الحد على الراجع منهما وكذلك ان رجع الزوج بعد تمام اللعان لحق به الولد وحد والتحريم ماض (ويكتب فى ذلك) عقد أشهد فلان على نفسه ان زوجه فلانة ولدت من الحمل الذى كان بها ابنا اسمه كذا وانه استلحقه بعد وقوع اللعان بينهما وأقر به لما لزمه من القول بالحق وأكذب نفسه فيما ادعاه ورجع عن نفيه والتزم الانفاق عليه اشهادا صحيحا عرف قدره وشهد على اشهاده بذلك فى كذا فان ادعى انها لم

تلده فلا ينفيه الا باللعان فان كانت أمة فلا يلحق به حتى يثبت انها ولدته بامرأتين وله نفى حمل أمته ولا يلزمه لعان وكذلك لا يلزمه يمين على المشهور (ويكتب فى ذلك) عقد اشهد فلان على نفسه ان مملوكته فلانة ظهر بها حمل بعد استبرائه لها وانه انتفى منها لتبينه انه ليس بابن له ويخشى ان يلحق به غير ولده وشهد على اشهاده بذلك فى كذا

على رجل انه باعه سلعة فانكر المدعى عليه فليس للمدعى ان يحلفه (ومنها) لو ادعى على رجل انه اشترى منه سلعة فلا يمين على المدعى عليه الشراء (ومنها) لو ادعى عليه انه اشركه فيها أو ولاه اياها فكما تقدم ام لدعوى الاقالة فتجب فيها اليمين قال ابن سهل كان ابن عتاب يقول لا تجب اليمين لمدعى الاقالة الا ان يأتى بشبهة تقوى بها دعواه وبه كان يفتى (ومنها) ان من قامت عليه بينة فليس له ان يحلف المدعى مالم تقدم الدعوى الصحيحة ببيع أو ابراء قاله ابن شاس (ومنها) ان من باع سلعة لرجل أو اشترى لرجل سلعة وزعم انه وكيله فى الصورتين وانكر المدعى عليه الوكالة فلا يمين عليه (ومنها) ان من اشترى عبدا أو دابة وقال للبائع احلف لى انه ما به عيب تعلمه ولا كتمته فليس ذلك له (ومنها) اذا ظهر بالعبد أو الدابة عيب قديم فوجب به الرد فقال للمشترى احلف انك ما رضيته بعد علمك به فلا يمين عليه بقول البائع الا ان يقول اخبرنى مخبر صدق انك رضيته بعد العلم فينكر فتجب عليه اليمين (ومنها) الرجل يشترى العبد فيأبق فيقول للبائع احلف انه ما أبق عندك فلا يمين عليه الا ان يقول اخبرنى مخبر صدق انه ابق عندك فحينئذ يحلف وغير ابن القاسم يرى عليه اليمين اذا ابق لانه عيب قد ظهر (ومنها) اذا اشترى عبدا أو يتيم سلعة أو باعها فاراد السيد أو الوصى فسخ ذلك فاراد المشترى منهما أو البائع ان يحلف السيد أو الوصى انهما ما اذنا لهما فى ذلك فليس له ذلك من كتاب الرعينى (ومنها) لو ادعى رجل على رجل حقا من شركة فانكر المدعى عليه الشركة فلا يمين على المدعى عليه الا ان يقر بالشركة أو تقوم بذلك البينة فيحلف على ابطال دعوى المدعى (ومنها) اذا ادعى رجل على صانع انه دفع اليه شيأ ليصنعه له أى الصناعات كانت صباغا أو خياطا أو غيرهما من جميع الصناعات وانكر الآخر ان يكون قبض منه شيأ فعلى المدعى البينة فان لم تكن له بينة وسأل الحاكم ان يحلف له الصانع على دعواه فليس له ذلك الا ان تقوم بينة يشهدون ان المدعى يعامل المدعى عليه فى مثل تلك الصناعة التى ادعى فحينئذ تجب اليمين فان حلف برئ وان نكل حلف المدعى وغرم الصانع وان نكل المدعى عن اليمين فلا شئ له ولا ترد اليمين على الصانع ﴿تنبيه﴾ ظاهر هذا خلاف ما سيأتى فى كلام الرعينى ان الصناع تجب عليهم اليمين دون ثبوت خلطة وكذا فى كلام المتيطى فى توجه اليمين على الصناع فيما ادعى به عليهم وان لم تثبت الخلطة فتأمله (ومنها) اذا ادعى رجل على رجل انه أكراه داره أو حانوته أو حمامه أو رحاه أو دابته فانكر المدعى عليه ذلك فعلى المدعى البينة فان لم تكن له بينة فلا يمين على رب هذه الاشياء الا أن يكون رب هذه الاشياء قد أوقفها لذلك أو يكون هذا المدعى ممن علم انه قد عامله بذلك أو كان المدعى عليه ممن يعرف بالكراء لهذه الاشياء وتقوم على ذلك بينة أو اقرار فاذا ثبت ذلك وجبت اليمين على المنكر منهما رب الدار أو المستأجر أو صاحب الدابة (ومنها) لو ادعى على رجل انه عامله على القراض فانكر المدعى عليه كان العامل

الا ... لقوله عليه الصلاة والسلام لعويمر العجلانى وزوجته بعد التعانهما قوما فقد فرقت بينكما بخلاف قول ... يتون فى ذلك واذا وقع اللعان بعد الطلاق البائن فى نفى حمل ففى تأبيد تحريمها قولان اذ لم تكن له زوجة وقت اللعان قاله عبد الحق فى التهذيب واللعان فسخ بغير طلاق (والفرق) بين ما يفسخ بطلاق وبين ما يفسخ بغير طلاق فى كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولى امضاؤه وفسخه فالفسخ فيه بطلاق كانكاح الاجنبى ونحوه وما كانا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق كولاية العبد والمرأة والمحرم ونحو ذلك على هذا أكثر الرواة وروى عن مالك رضى الله تعالى عنه ورجع اليه ابن القاسم ان ما اختلف فى اجازته وفسخه ففسخه بطلاق وما اتفق على فسخه فالفسخ فيه بغير طلاق (وتعيين) ما يفسخ قبل الدخول مما يفسخ بعده ان ما لا يختلف فى فساده فسخ قبل الدخول وبعده وما اختلف فيه فان كان بنص أو سنة أولحق الورثة فكذلك وان لم يكن كذلك فان كان لخلل فى عقده ففى فسخه بعده روايتان بل قولان وان كان لخلل صداقه فالمشهور يفسخ قبله لا بعده

﴿فصل﴾ وكل مطلقة فالمتعة لها مستحبة الا المختلعة والمطلقة قبل البناء وقد فرض لها ولا يقضى بها ولا يحاص بها الغرماء ومقدارها على قدر حاله (ويكتب فيه عقد) متع فلان مطلقته أو ربة فلانة بثوب كذا أو مملوك صفته كذا أو بكذا وكذا دينارا امتثالا لامر الله تعالى وقبلت ذلك منه وشكرته عليه وقبضته وصار عندها بعد علمها بأن ذلك متعة مثلها من مثله وشهد عليهما بذلك بكذا ❊ واذا وقع الطلاق قبل الدخول فلا عدة فان جهل

أو رب المال فليس على المدعي لذلك بينة ولا على المنكر يمين لانهما لم يتصادقا على ذلك (ومنها) اذا ادعى على رجل انه ساقاه على حائطه وانكر ذلك الآخر فعلى المدعي البينة ولا يمين على المنكر الا أن تقوم بينة انهما تساوما على ذلك قبل هذا أو يقران بذلك فحينئذ تجب اليمين على المنكر منهما فان حلف بريء وان نكل حلف الآخر وتثبت المساقاة وان نكلا جميعا فسخت وهذا باب واسع وسيأتي كثير منه في باب القضاء بقول المدعي والمدعى عليه

(فصل في الخلطة وما يوجبها وما تجب فيه اليمين بغير خلطة) وفي كتاب الدعوى والانكار للرعيني واذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ولم يكن للمدعي بينة على أصل حقه ولا أقر المدعى عليه بخلطة المدعي فالذي يوجب اليمين على المدعى عليه ان يشهد عدلان حران لا مدفع للمدعى عليه فيهما فيقولان عرفنا هذين الشخصين يتبايعان مرتين أو ثلاثا ولم نعلم بينهما مفاصلة منذ عرفناهما شريكين ولا نعلم علام افترقا أو انهما كانا متقارضين أو متساقيين أو ان أحدهما أجير لصاحبه أو أجر منه عبده أو داره أو دابته أو كان احدهما صانعا أو صباغا أو خياطا أو صائغا أو غير ذلك من جميع الصناعات والاكرية والاجارات فاذا شهد الشاهدان بهذا أوجبت اليمين على المدعى عليه فان حلف بريء وان نكل ردت اليمين على المدعي وان لم يطالب ذلك المدعى عليه نبهه الحاكم على ذلك فان حلف المدعي أخذ وان نكل بطلت دعواه (تنبيه) وفائدة قولهم انه بايعه مرتين أو ثلاثا انه لو بايعه مرة بالنقد وقبض الثمن وتفاصلا فان ذلك لا يكون خلطة لانه لم يبق بينهما بقية توجب اليمين ثم حيث اعتبرنا الخلطة فانما نعتبرها فيما كان من الدعاوي غير المشبهة عرفا فاما ما يشبه من الدعاوي فسيأتي ذكره قريبا * ويعقد في اثبات الخلطة شهد من يسمى اسفل هذا العقد من الشهداء انهم يعرفون فلانا وفلانا معرفة صحيحة تامة بعينهما واسمهما ويعرفون فلانا مخالطا لفلان بن فلان ومداخلا له من كذا وكذا عاما ولا يعلمون ذلك انقطع بينهما في علمهم الى حين ايقاع شهادتهم في تاريخ كذا ويذكر فيه تعريف الشاهدين بهما ان لم يكن القاضي يعرفهما وفائدة التحديد بالتاريخ أن تكون الدعوى داخلة في مدة التحديد فلو كانت قبلها لم تجب اليمين الا بثبوت الخلطة (مسئلة) قال ابن الهندي في وثائقه وقد رأيت بعض من كان يقتدى به وهو الفقيه أبو العباس احمد بن عبد الله اللؤلؤي يتوسط في اثبات الخلطة فيرى انه اذا ادعى الاشكال بعضهم على بعض دعاوي توجب الايمان فانها تجب واذا ادعى على الرجل العدل المبرز من ليس من شكله ولا نمطه لم تجب له اليمين عليه الا بثبوت الخلطة (مسئلة) وفي المتيطية وفسر أصبغ الخلطة فلم ير الذين يصلون في مسجد واحد ولا الجلساء في الاسواق ولا الجيران خلطاء ولم يرها الا بتكرر المبايعة وان يبيع منه بالنسيئة وقد تقدم فائدة اشتراط تكرر المبايعة وهي الفائدة أيضا في اشتراط النسيئة (تنبيه) ووقع في كلام ابن رشد التفرقة بين خلطة المبايعة وبين خلطة المصاحبة

بالدخول وأقرت به الزوجة فعليها العدة وان انكرته فلا عدة عليها وان أقر به الزوج وان علم الدخول فالعدة لازمة وان تصادقا على نفي الوطء ولا يكون للزوج فيها رجعة ولا تجب بوطء الصغير الذي لا يولد لمثله وان قوي على الجماع ولا بوطء المجبوب ذكره وأنثياه ولا على صغيرة لا تطيق الدخول وتجب في النكاح الفاسد اذا وقع الفسخ فيه بعد الدخول وكذلك في كل وطء بزنا أو شبهة ولا يجوز للزوج ان يطأ في هذه العدة من النكاح الفاسد ولانه يعقدوان لحق به الولد بخلاف العدة من النكاح الصحيح وتجبر الكتابية عليها في الطلاق والموت * والنساء في ذلك على أقسام معتادة الحيض ومرتابة فيه وصغيرة ويائسة وحامل فالمعتادة تتربص ثلاثة قروء وهي الاطهار للحرة واثنان للامة وتعتد بطهر الطلاق ولو لحظة فتحل بأول الحيضة الثالثة على المشهور والمرتابة بغير سبب معتادة حرة أو أمة تتربص سنة تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة وتحل عقب السنة فان حاضت في السنة انتظرت الثانية كذلك ثم الثالثة كذلك فان كانت اعتادت الحيض بعد انقضاء السنة ففي انتظارها الاقراء قولان والمرضعة لا تحل الا بالاقراء ولا تحل بالسنة اتفاقا فاذا انقطع الرضاع ولم يأتها الحيض فهي كالمرتابة بلا سبب كما تقدم وفي المريضة قولان أحدهما انها كالمرتابة بغير سبب وهو قول ابن القاسم فتحل بتمام السنة والثاني انها كالمرضعة وهو قول أشهب وأما المستحاضة فان كانت لا تميز بين الدمين فهي كالمرتابة بلا سبب وان كانت مميزة فقولان أحدهما انها تعتبر الحيض المميز فتعتد به وهو قول ابن القاسم والثاني كالمرتابة وهو قول ابن وهب والصغيرة واليائسة ثلاثة أشهر بالاهلة وتلغى اليوم وقيل تحتسب به الى وقته فان انكسر الشهر الاول تممت ثلاثين من الرابع وقيل تمم الثلاثة ثلاثين فان رأت

والمؤاخاة وقد تقدم التنبيه على ذلك عقب كلام الرعيني في الدعاوى التي لا توجب اليمين على المدعى عليه ﴿مسئلة﴾ وان لم يكن له على الخلطة الا شاهد واحد فالمشهور أنه لا يحلف مع شاهد على اثبات الخلطة وقال ابن كنانة تثبت الخلطة بشهادة رجل واحد وامرأة واحدة بغير يمين قال ابن راشد وقول ابن كنانة أحسن وهو مروى عن ابن القاسم لان المراد اثبات لطخ الدعوى وذلك يحصل بالمرة وقال محمد لا تثبت بشاهد دون يمين قال ابن سهل وفي كتاب ابن المواز من اقام بالخلطة شاهدا واحدا حلف معه وتثبت الخلطة ثم يحلف المطلوب حينئذ وقاله ابن نافع وابن كنانة أيضا ﴿فرع﴾ واختلف اذا شهد عليه شاهدان فقدهما بدعوى العداوة هل تجب له عليه يمين بغير خلطة أم لا قولان المشهور لا تجب ﴿فرع﴾ وفي أحكام ابن بطال ان المدعى اذا أحضر خط المدعى عليه وثبت انه خطه فهو كثبوت اقراره تجب به الخلطة ﴿مسئلة﴾ قال ابن الفخار في كتابه الذي رد فيه على ابن العطار ويجب ثبوت الخلطة في المبايعة بين الاب وولده ﴿مسئلة﴾ وهذا التفريع المتقدم كله على المشهور وهو اعتبار الخلطة واشتراطها وقال ابن نافع انها لا تشترط وفي المتيطية عن ابن عبد الحكم مثله وان اليمين تجب على المدعى عليه دون خلطة وبه أخذ ابن لبابة وغيره من المتأخرين لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر ﴿مسئلة﴾ وفي المتيطية ولا تكون الخلطة في دعوى بيع العقار بالمبايعة الواحدة ولا تجب اليمين في بيع العقار الا بشبهة وهو الشاهد العدل في قول ابن القاسم ﴿تنبيه﴾ وثبوت الخلطة يوجب اليمين على المطلوب في دعوى السلف أو الوديعة أو المقارضة أو الشركة أو ما أشبه ذلك أن كانت هذه الدعوى بعد المدة التي يحدها الشهود ولذلك يحتاج الى تحديدها وهذه المسئلة من جملة المسائل التي لا بد من تحديد الامد فيها وكذلك شهادة السماع في الحبس وشهادة الضرر للاختلاف في مدة الحيازة في ذلك وان قال ان ذلك كان في مدة الامد الذي تحده الشهود للخلطة لم تجب اليمين فيه الا بثبوت الخلطة في مدة الدعوى ولا تجب بمثل هذه الخلطة يمين في دعوى مبايعة في عقار أو متاع أو عبيد أو حيوان أو عروض ﴿مسئلة﴾ قال ابن سهل قال غير واحد من المتأخرين انما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذمم من الحقوق وأما الاشياء المعينة التي يقع التداعي فيها بينهم فاليمين لاحقة من غير خلطة وقيل لا تجب اليمين الا بالخلطة في الاشياء المعينة وغيرها قال عبد الحق وهذا أبين عندي لان الخلطة انما رآها العلماء للمضرة الداخلة لو سمع من كل مدع

﴿فصل﴾ تجب اليمين بمجرد الدعوى دون خلطة في مواضع (منها) أهل التهم والعداء والظلم (ومنها) الصناع فيما ادعى عليهم من أعمالهم انهم استصنعوهم وكذلك هي على أهل الاسواق وأرباب الحوانيت فيما ادعى عليهم انهم باعوه مما يديرونه ويتجرون فيه دون خلطة أيضا وان ادعى على أحد منهم في غير ما يديره ولا يتجر به فلا يمين عليه فيه الا بشبهة (ومنها) التجار لمن تاجرهم (ومنها) الرجل يحضر المزايدة فيقول البائع بعتك

[illegible] حتى تبلغ أقصى أمد الوضع وهو خمسة أعوام على المشهور وقال أشهب لا تحل أبدا حتى تيأس ولا يضرها اقرارها بالحيض لان الحامل تحيض * وعدة المتوفى عنها صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل أربعة أشهر وعشر وان كانت أمة فشهران وخمس ليال فان كانت حاملا فعدتها وضع حملها قرب أو بعد وفي الحرة الكتابية قولان أحدهما تستبرئ بثلاث حيض والثاني انها كالحرة المسلمة فان انقطع الحيض للمعتدة من الوفاة بغير سبب أو مرض أو رضاع ففي ذلك قولان أحدهما أنه لا يعتبر ذلك وتحل بتمام الاربعة الاشهر والعشر والثاني أنه لا بد من حيضة واحدة فان حاضتها والا تربصت تسعة أشهر فتحل اذ ذاك الا ان تحس حملا فتبقى الى مدة الحمل فان كانت عادتها ان الحيض يتأخر عنها أكثر من عدتها ففي ذلك قولان أحدهما انها تحل بمضي أشهر العدة وان لم تحض رواه ابن القاسم والثاني انه لا بد لها من الحيض والمستحاضة فيها قولان أحدهما انها تتربص أربعة أشهر وعشرا ان كانت حرة وثلاثة أشهر ان كانت أمة اذ ذاك استبراء من لا تحيض والثاني انها تتربص تسعة أشهر حرة كانت أو أمة (وعدة) الامة وأم الولد من سيدها حيضة واحدة فان كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر وان كانت مرتابة أو مستحاضة فتسعة أشهر وان كانت حاملا فبالوضع * والتصريح بالخطبة لمعتدة حرام وكذا والتعريض جائز فان صرح وعقد بعد العدة يستحب له فراقها بطلقة وتعتد منه ثم يتزوجها وروى أشهب انه يفرق بينهما وان عقد في العدة ودخل بها فسخ النكاح وحرمت عليه أبدا على المشهور المعمول به في المذهب لقضاء عمر بذلك وان لم يدخل

بها الوداخل بها بعد انقضاء العدة طلقت عليه وفى تأبيد التحريم عليه قولان وفى المدونة ان قبل او باشر فيها حرمت عليه
وسواء كانت العدة من نكاح أو شبهة أو كان الوطء بنكاح أو شبهة الحكم فى ذلك واحد فان كان الوطء بملك أو بزنا لم يتأبد
التحريم وكذلك ان كانت العدة من زنا ففى تأبيد التحريم قولان

وشروط جوازه خمسة

بكذا او يقول المبتاع بل بكذا * ومنها الرفقاء فى السفر يدعى بعضهم على بعض (ومنها) الرجل يتضيف عند الرجل فيدعى عليه (ومنها) الرجل يوصى عند الموت ان له على فلان كذا ويوصى ان يتقاضى منه قاله ابن راشد (ومنها) الغريب ينزل المدينة فيدعى انه استودع رجلا مالا (ومنها) ما اذا ادعى ورثة المتوفى على رجل بأن لمورثهم مالا عليه من وجه تصوه فانكر المدعى عليه وجبت عليه اليمين للورثة دون ثبوت الخلطة لان من ادعى بسبب متوفى فهو بخلاف الحى عند أهل العلم (ومنها) لو باع رجل سلعة رجل وادعى انه أمره ببيعها وأنكره صاحبها وهى قائمة بعينها فانه يحلف ويأخذها (ومنها) القاتل يدعى ان ولى المقتول عفا عنه ففى أحكام ابن سهل عن مالك رضى الله تعالى عنه انه يحلف وأنكره أشهب (ومنها) ان كل من كان متهما بما ادعى عليه من المعاملات فان اليمين تتعلق به (ومنها) لو لقى رجل رجلا فادعى عليه بقية كراء حلف المدعى عليه انه ما اكترى منه شيأ وكذلك ان كان المدعى عليه هو صاحب الدابة حلف ان كان منكرا ذكر المتيطى منها سبعة وبعضها من أحكام ابن سهل وبعضها من الدعاوى والانكار للرعينى

{القسم السابع فى ذكر البينات وفيه مقدمة تشتمل على عشرة فصول}

{الفصل الاول} فى التعريف بحقيقة البينة {الفصل الثانى} فى اقسام مستند علم الشاهد {الفصل الثالث} فى حد الشهادة وحكمها وحكمتها وما تجب فيه {الفصل الرابع} فى مراتب الشهود {الفصل الخامس} فى صفات الحقوق ومراتب الشهادات {الفصل السادس} فى صفات الشاهد وذكر موانع القبول {الفصل السابع} فيما ينبغى للشهود التنبه له فى التحمل والاداء {الفصل الثامن} فيما ينبغى للقاضى ان يتنبه له فى اداء الشهادات {الفصل التاسع} فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل {الفصل العاشر} فى صفة اداء الشهادة واللفظ الذى يصح به اداؤها

{الفصل الاول} فى التعريف بحقيقتها وموضوعها شرعا (اعلم) ان البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره وسمى النبى عليه الصلاة والسلام الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الاشكال بشهادتهم كوقوع البيان بقول الرسول عليه الصلاة والسلام قاله أحمد ابن موسى بن نصر النحوى فى كتاب الحسبة وقال ابن قيم الجوزية ولم تأت البينة فى القرآن الكريم مرادا بها الشهود وانما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة ونقل ابن الفرس فى احكام القرآن عن القاضى اسماعيل ان العمل بالحكم بالقرائن فى مثل اختلاف الزوجين غير مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر لانه صلى الله عليه وسلم لم يرد الموضع الذى تمكن فيه البينة والى هذا ذهب احمد ابن حنبل فمتى وجدت القرائن التى تقوم مقام البينة عمل بها وقد ورد فى القرآن الكريم قصة يوسف فى قد القميص واقامة ذلك مقام الشهود قال ابن الفرس هذه الآية يحتج بها

طهارة المبيع وان يكون منتفعا به وان يكون مقدورا على تسليمه وان يكون معلوما للمتعاقدين وان يكون الثمن والمبيع مملوكا لهما أو بنيابة عنهما * والمبيعات أصناف أصول وحيوان وعروض (الصنف الاول) الاصول والبيع فيها جائز الا ما كان منها منزلا منزوعا عن اليد أو مطبلا ففيه كلام سيأتى وهى على قسمين رباع وهى الدور والحوانيت والافران ونحوها وعقار وهى الفدادين والجنان والكروم ونحوها * الاول الرباع {عقد شراء الدار} اشترى فلان بن فلان من فلان جميع الدار الكائنة بكذا احدودها فى القبلة كذا وفى الجوف كذا وفى الشرق كذا وفى الغرب كذا بحقوقها وحرمها ومنافعها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة عنها اشتراء صحيحا جائزا بثمن مبلغه كذا من سكة كذا قبضها البائع طيبة بها نفسه وصارت بيده وابرأ منها أو بالتأخير الى أجل كذا وخلص بذلك للمشترى تملك مشتراه خلوصا تاما وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك وقد دخلها

المشترى وقلبها من داخلها وخارجها وأحاط بها علما وبصرا وعلم بأنها قديمة البناء واهية
الاساس وتسمى العيوب فرضيها والتزمها وعرفا قدره وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا {بيان} ان بدأت العقد باشترى
فذلك تصرف كل ما يأتى فيه بعد ذلك من ذلك اللفظ فتقول قبض المشترى وخلص له مشتراه ونحو ذلك وان بدأت بلفظ باع

من العلماء من يرى الحكم بالامارات والعلامات فيما لا تحضره البينات وقال تعالى وجاؤا على قميصه بدم كذب قال عبد المنعم بن الفرس روي ان اخوة يوسف عليه الصلاة والسلام لما أتوا بقميصه الى أبيهم تأمله فلم ير فيه خرقا ولا أثر ناب فاستدل بذلك على كذبهم وقال لهم متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ولا يخرق قميصه قال القرطبي قال علماؤنا لما أرادوا ان يجعلوا الدم علامة صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تكذبها وهي سلامة القميص واجمعوا على ان يعقوب استدل على كذبهم بصحة القميص فاستدل الفقهاء بهذه الآية في اعمال الامارات في كثير من مسائل الفقه واقاموها مقام البينة (فان قيل) هذه امور وردت في غير شرعنا فلا تلزمنا (فالجواب عن ذلك) مذكور في باب الحكم بالقرائن وقال تعالى تعرفهم بسيماهم قال ابن الفرس قال ابو الحسن كيا لما قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم دل على ان المراد بالسيما حال يظهر على الشخص حتى اذا رأينا ميتا في دار الاسلام وعليه زنار وهو غير مختون فانه لا يدفن في مقابر المسلمين ولا يصلى عليه ويقدم ذلك على حكم الدار في قول أكثر العلماء ويقوم ذلك مقام البينة ومثله قوله تعالى ولتعرفنهم في لحن القول وورد في الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم في غزوة حنين من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال أبو قتادة فقمت فقلت من يشهد لي بذلك ثم جلست ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال ذلك الثالثة فقمت فقال صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه منه يا رسول الله فقال أبو بكر رضي الله عنه لاها الله اذا لا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فأعطه اياه فاعطانيه فبعت الدرع فاشتريت منه مخرفا في بني سلمة فانه لاول مال تأثلته في الاسلام قال القاضي أبو الوليد الباجي احتج اصحابنا بان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع السلب الى ابي قتادة بقول واحد دون يمين فدل على انه يقبل فيه الواحد واذا كان كذلك فيكون طريقه الخبر لا الشهادة قال الباجي وعندي انه يجوز في ذلك قبول الشاهد الواحد والا فظاهر البينة في قوله صلى الله عليه وسلم له عليه بينة يقتضي الشهادة ولا تكون الا بشاهدين أو بشاهد ويمين ولكن لما ظهر صدق أبي قتادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم بشهادة الرجل وذكر القصة اكتفى بذلك * ومن ذلك ما وقع في غزوة بدر لابني عفراء لما تداعيا قتل ابي جهل فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم هل مسحتما سيفيكما فقالا لا فقال أرياني سيفيكما فلما نظر اليهما قال هذا قتله وقضى له بسلبه فاعتمد على الاثر في السيف وكذلك في قصة قتل ابن أبي الحقيق لما دخل اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته ليلا فضربوه بسيوفهم وغرز احدهم السيف في بطنه حتى خرج من ظهره فلما نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى سيوفهم وجد في

[illegible] الاختلاف بإضافتها الى البائع وكان المشتري أقر له بها ومن ابتاع ملكا أقر انه يعلمه لبائعه ثم طرأ استحقاق ففي رجوعه على البائع بالثمن قولان أحدهما انه لا رجوع له وهو قول أشهب ورواية أصبغ عن ابن القاسم الثاني انه يرجع عليه ولا يضره اقراره وبذلك القضاء فالخروج عن هذا الاختلاف أحسن وقولنا بحقوقها وحرمها هو الصواب وينبغي ان تسمى كل ما يمكن انفصاله عن المبيع فان ظهر حائط من الدار للغير لم يكن له قيام الا ان يشترطه معينا لانه اذا ظهر أنه للغير فليس من الحقوق وكل ما يكون في الدار مما ينقل ويحول كالصخرة والتراب والخشب سواء كان معدا للاصلاح بها أو مما تهدم منها فهو للبائع وانما يحكم للمشتري بكل شيء ثابت كالبنيان واختلف في السلم الذي ينقل فقال ابن زرب هو للمبتاع لانه من المرافق التي لا يدخل للغرف الا به وقال ابن عتاب وغيره هو للبائع وقال ابن رشد لا يكون للمبتاع الا ان يكون من خشب على هيئة الدرج وكذلك المطاحن المبنية اختلف فيها فقيل انها للبائع وقيل للمبتاع وقيل الأسفل للمشتري والأعلى للبائع قال ابن رشد والصواب انها للبائع ولا عبرة بالبناء اذ ليست من بناء الدار ولا من أمتعته (وسئل) بعضهم عن الدمن اذا كان قد لصق بقاعة الدار (فقال) هو للمبتاع ولا يكون للبائع الا ان يشترطه * وقال ابن الحاج في مسائله فيمن باع ذلك دارا وحائطه مدعم بدعائم انها للمشتري كالبنيان فاذا ثبت انها عارية فيرجع المشتري على البائع بقيمتها من الثمن * والنحل اذا كانت في كوى في جدار الدار فهي للمبتاع وان كانت في جبح فهي للبائع * والحمام في البرج للمبتاع قاله ابن العطار وقال

ذلك السيف أثر الطعام فقال هذا قتله وحكم صلى الله عليه وسلم بموجب اللوث ونزله منزلة الشاهد وجعل لولاة الدم ان يحلفوا معه وكذلك جعل معرفة العفاص والوكاء قائما مقام البينة وكذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب * ومن ذلك حكم عمر رضى الله تعالى عنه برجم المرأة اذا ظهر بها حمل وليس لها زوج وجعل ذلك يقوم مقام البينة فى الزانية * وكذلك اذا قاء الخمر وغير ذلك مما يطول تعداده وقد استوعبناه فى باب الحكم بالقرائن فبها ظهر الحق واسفرت طريق العدل فثم شرع الله ودينه * ولما كانت البينات مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها والمحتاج الى اقامتها وما هى عليه من التوسعة والتضييق والتثقيل والتخفيف وامكان التوثق وتعذره واختلاف مراتبها فى القوة والضعف احتجنا الى ذكرها وعد انواعها وتمثيل مسائلها وقد ذكر القاضى عبد الوهاب رحمه الله تعالى منها فى المعونة خمسة عشر وجها وكذلك القاضى أبو الوليد بن رشد فى المقدمات وزاد عليهما القرافى فى القواعد وعدها سبعة عشر نوعا وهى أضعاف ذلك بحسب الاعتبار الذى أسسوه والطريق الذى سلكوا فانظرها فى القواعد فى الفرق الثامن والثلاثين والمائتين وذكرها القاضى عبد الوهاب فى باب الشهادات ولهم رحمة الله عليهم فضيلة السبق وفتح باب التوسع فى الفهم ويندرج فى سلك البينات وما يقوم مقامها ذكر ما تفصل به الاحكام من الصلح والاقرار وما أشبه ذلك والله المستعان

(الفصل الثانى فى أقسام مستند علم الشاهد) ولا يصح للشاهد شهادة بشئ حتى يحصل له به العلم اذ لا تصح الشهادة الا بما علم وقطع بمعرفته لا بما يشك فيه ولا بما يغلب على الظن معرفته قال الله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وقد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة فى مواضع يأتى ذكرها كالشهادة فى التفليس وحصر الورثة وما أشبه ذلك وقد تقدم فى فصل الشهادة على النفى شئ من هذا * والعلم يدرك باحد أربعة اشياء (الاول) العقل بانفراده فانه يدرك به بعض العلوم الضروريات مثل ان الاثنين اكثر من الواحد فيعلم به حال نفسه من صحته وسقمه وايمانه وكفره وتصح بذلك شهادته على نفسه وما أشبه ذلك (الثانى) العقل مع الحواس الخمس حاسة السمع وحاسة البصر وحاسة الشم وحاسة الذوق وحاسة اللمس فيدرك بالعقل مع حاسة السمع الكلام وجميع الاصوات ولذلك نجيز شهادة الاعمى على الاقوال اذا كان المشهود عليه قد لازمه كثيرا حتى يتحقق الاعمى كلامه ويقطع عليه وكذلك نجيز شهادة الاستغفال وسيأتى ذكرها ويدرك بالعقل مع حاسة البصر جميع الاجسام والاعراض والمبصرات ولذلك نجيز شهادة الاصم على الافعال ونجيز الشهادة على الخط ويدرك بالعقل مع حاسة الشم جميع الروائح المشمومات فيدرك بها حال المسكر فيراق الخمر ويحد شاربها بالشهادة على الرائحة وسيأتى بيان ذلك ويدرك بالعقل مع حاسة الذوق جميع الطعوم المذوقات ولذلك تجوز الشهادة به فى اختلاف المتبايعين فى صفة

القاضى أبو الوليد اذا بيع البرج ولم يذكر حمامه فهى للبائع وهو الذى بنى عليه ابن فرحون ولا بد من تبيين السكة فان قطعت تلك السكة بعد وقوع البيع فليس له الا السكة القديمة قال ابن رشد ولا يجب الا ما وقعت به المعاملة ومن قال من الفقهاء انه لا يجب الا السكة المتأخرة لان السلطان قطعها فليس بشئ وليس يقول أحد من أهل العلم وقال ابن عتاب ويرجع فى ذلك الى قيمة السكة المقطوعة من الذهب فيأخذ صاحب الدين قيمة ما وجب له ذهبا قال وهذا هو الصواب وان كان فى العقد انه قبضها مقلبة كما ذكر ثم أتى البائع بدراهم رديئة يزعم انها من دراهم المبتاع وانكرها فلا يمين عليه فان سقط الفصل من العقد وجبت اليمين على المبتاع انه ما يعرفها من دراهمه وله رد اليمين فان ردها حلف البائع على البت انها من دراهم المبتاع ووجب له البدل فان جاء بعد القبض يزعم انه لم يقبض شيأ وانه أشهد له بالقبض على سبيل الطمأنينة وانكر ذلك المشترى فلا يمين عليه سواء قام على قرب أو بعد وقيل ان قام على قرب كان له أن يحلفه والا فلا والقرب فى ذلك العشرة الايام ونحوها ذكر ذلك ابن حدير فى أحكامه وكان ابن زرب يقول ان كان من قرابة البائع أو جلسائه كان له ان يحلفه والا فلا ولم يفرق بين قرب التاريخ أو بعده وقال ابن حبيب لا يمين عليه عند مالك وجميع أصحابه الا ان يأتى بسبب يدل على ما ادعى وتقع عليه تهمة فيكون عليه اليمين قال ابن الحاج فى مسائله يحتمل ان تكون التهمة ان تكون بينهما قرابة أو صداقة كما ذكر ابن زرب وقد نزلت فافتى باليمين وقضى بذلك ابن رشد وكان للبيع أربع سنين فقال ابن رشد يحلف ولو بعد عشرة أعوام فان كان الثمن مؤخرا الى أجل ذكرته وهو جائز الى ما يتفقان عليه الا ان يتطاول جدا قال ابن القاسم فقيل لمالك أتكره ان يبيع الرجل

المبيع كالزيت الحلو وعكسه والعسل الشتوى والربيعى والسمن المتغير وغير ذلك مما يكثر ذكره ويدرك بالعقل مع حاسة اللمس جميع الملموسات على اختلاف أنواعها وتجيز شهادة أهل المعرفة فى اختلاف المتبايعين فى صفة المبيع فى اللين والخشونة وما أشبه ذلك ﴿الثالث﴾ حصول العلم بالاخبار المتواترة فانه يحصل به العلم بالبلدان النائية والقرون الماضية وظهور النبى صلى الله عليه وسلم ودعائه الى الاسلام وقواعد الشرع ومعالم الدين وكذلك تجوز الشهادة بما علم من جهة الاخبار الصحيحة فى باب الولاء والنسب والموت وولاية القاضى وعزله وضرر الزوجين وما اشبه ذلك وقد استوعبت ذلك فى باب القضاء بشهادة السماع قال ابن رشد المقدمات فالعلم المدرك من هذه الوجوه الثلاثة علم ضرورة يلزم النفس لزوما لا يمكن الانفصال منه ولا الشك فيه ﴿الرابع﴾ العلم المدرك بالنظر والاستدلال فالشهادة بما علم من جهة النظر والاستدلال جائزة كما تجوز بما علم من جهة الضرورات وذلك مثل ما روى ان أبا هريرة شهد ان رجلا قاء خمرا فقال له عمر أتشهد انه شربها فقال أشهد انه قاءها فقال له عمر ما هذا التعمق فلا وربك ما قاءها حتى شربها (ومن) ذلك شهادة الحكماء فى قدم العيوب وحدوثها وشهادة أهل المعرفة فى قدم الضرر وحدوثه والشهادة فى معاقد القمط فى الحيطان وما أشبه ذلك * ومن هذا المعنى شهادة امة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم يوم القيامة للنبيين على أممهم بالبلاغ وشهادة المؤمن بان الله وحده لا شريك له وانه حى عالم قادر الى غير ذلك من الصفات التى هو عليها لعلمه بذلك من جهة النظر والاستدلال وهذا باب واسع

﴿الفصل الثالث﴾ فى حد الشهادة وحكمها وحكمتها وما تجب فيه ﴿أما حد﴾ الشهادة فهو اخبار يتعلق بمعين وبقيد التعيين تفارق الرواية ﴿وأما حكمها﴾ فله حالتان حالة تحمل وحالة اداء ﴿فأما التحمل﴾ وهو ان يدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة فان ذلك فرض كفاية يحمله بعض الناس عن بعض حيث يفتقر الى ذلك ويخشى تلف الحق بعدم الشهادة فان كان الرجل فى موضع ليس فيه من يحمل ذلك عنه تعين الفرض عليه فى خاصته قال ابن رشد ومن أهل العلم من ذهب الى انه واجب على كل من دعى الى شهادة ان يجيب سواء دعى الى ان يستحفظ الشهادة أو يؤدى ما حفظ لقول الله عز وجل ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وليس ذلك بصحيح لان الشاهد لا يصح ان يسمى شاهدا الا بعد ان يكون عنده علم بالشهادة وأما قبل ان يعلم بها فليس بشاهد ولا يدخل تحت قوله تعالى ولا يأب الشهداء الامن هو شاهد ﴿تنبيه فى التحمل﴾ ومن احكام ابن بطال قال اشهب فى سماعه اذا دعى رجل الى أن يشهد على من لا يعرفه فلا يفعل الا أن يشهد معه من يعرفه وسئل مالك رضى الله تعالى عنه عن ذلك فقال أحب الى أن لا يفعل وان الناس يشهدون ويكون فيهم من يعرفه وفى ذلك سعة ﴿مسئلة﴾ اذا عرف الشاهد عين المشهود عليه ولم يعرف عين المشهود له ووجد اسمه فى الوثيقة بخط يده فلا يشهد فيها الا ان يتبين وأما ان لم يعرفهما

جميعا

الى ... ... تقبضه قال لا قال ولو كان سنتين أو ثمانين لفسخته وقد قال لى مالك فى النكاح اذا وقع الى ... من سنة انه جائز فكذلك البيع عندى فان أقام البائع بعد الاجل مدة طويلة ثم قام يطلب فله ذلك قال ابن مزين عن أصبغ وإذا كان القول قول البائع فى أول الامر فالقول قوله فى آخره متى قام به كان على حقه لا يبالى أى ساعة كانت ولا ما كان قدر الثمن فى قلته وكثرته وكذلك لو لم تقع بينهما شهادة لانه وان لم يكن أشهاد كالذكر للحق المشهود فيه فلا يبطل الا ان يتطاول الزمان كالثلاثين سنة والاربعين وكذلك الديون كلها وان كانت معروفة الاصل اذا تطاول زمانها هكذا ومن هى عليه حاضر فلا يقوم بدينه الا بعد هذا من الزمان فيقول قد قضيتك وبادشهودى * وفى مسائل ابن الحاج روى مطرف عن مالك رضى الله تعالى عنه فى الذى يشترى الدور والرقيق والدواب ثم يدعى البائع بعد سنة انه لم يقبض الثمن ان القول قول البائع مع يمينه انه لم يقبض الثمن ولو كان بزا أو تجارات تقع فيها المداينة حلف البائع ما لم يطل عشرين سنة وما أشبه ذلك وتسمية العيوب هو الصواب فما سمى من العيوب فهو لازم للمشترى ظاهرا كان أو خفيا وما لم يسم فان كان فى العقد انه قلب ورأى كما تقدم فان كان العيب ظاهرا لا يخفى فانه لازم وليس له القيام به وان كان خفيا فانه يلزمه اليمين انه ما رآه وحينئذ يرده وان لم يكن فى العقد انه قلب فله الرد فى الوجهين ظاهرا كان أو خفيا كذلك قال عبد الملك عن مطرف وأصبغ وان التزم انه لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك وله القيام اذا وجد عيبا الا ان يسمى له كما تقدم وقولنا اعرف قدره ليرتفع دعوى الجهل من أحد المتبايعين قال ابن فرحون وايقاع هذا الفصل بعد ذكر الثمن أحسن لان المعرفة انما تكون بالثمن

جميعا فلا يشهد وكذلك اذا عرف المشهود له ولم يعرف المشهود عليه لم يشهد البتة من نوازل سحنون ذكره ابن هشام (وأما الاداء) وهو ان يدعى ليشهد بما علمه واستحفظ اياه فان ذلك واجب عليه للآية المتقدمة ولقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله

(فصل) فاذا تقرر ان هذا حكم الاداء فمن كانت عنده شهادة فلا يحل له ان يكتمها ويلزمه اذا دعى اليها أن يقوم بها وأما اذا لم يدع الى القيام بها فهذا ينقسم على وجهين أحدهما ان يكون حقا لله تعالى والثانى ان يكون حقا لآدمى (فأما) ان كان حقا لله عز وجل فانه ينقسم الى قسمين قسم لا يستدام فيه التحريم وقسم يستدام فيه التحريم (فأما) مالا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر وما أشبه ذلك فلا يضر الشاهد ترك أخباره بالشهادة لان ذلك ستر ستره عليه والاصل فى ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهزال فى قصة ماعز هلا سترته بردائك وأشار ابن رشد الى ان هذا فى حق من يندر منه ذلك وأما من كثر ذلك منه وعلم انه مشتهر ولا ينفك عنه فينبغى أن يشهد عليه وأن يعلم الامام بذلك فقد قال ابن القاسم فى المجموعة يكتمون الشهادة ولا يشهدوا فى ذلك الا فى تجريح ان شهد على أحد (وأما) ما يستدام فيه التحريم كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الاحباس والمساجد والقناطر وما أشبه ذلك فيلزمه ان يخبر بشهادته ويقوم بها عليه عند الحاكم فان لم يخبر بشهادته سقطت شهادته لان سكوته عن ذلك جرحة الا ان يثبت ان له عذرا فى عدم القيام قال ابن عبد السلام ظاهر كلام ابن رشد انه اختلف فى تجريح الشاهد بذلك وانه اختلف فى بطلان شهادته بالسكوت فان كان هو المنكر عليه وهو القائم بالشهادة فاختلف هل تقبل شهادته أم لا ذهب ابن القاسم الى انه لا تجوز شهادته اذا كان هو القائم بها وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ الى ان شهادته جائزة وكذلك الحكم لو كانوا جماعة هم القائمون عليه وهم الشهود (تنبيه) ويستثنى من ذلك مسئلة ذكرها ابن المواز قال اذا أخذ صاحب الشرطة سكرانا فسجنه وشهد عليه هو وآخر معه فلا تجوز شهادته لانه صار خصما بسجنه ولو رفعه قبل ان يسجنه جازت شهادته عليه ان كان عدلا مع آخر من ابن يونس اما ان قام غيره بالشهادة سقط عنه الفرض وكان قيامه بذلك استحبابا لان فيها تعاونا على اقامة الحق وان لم يقم بالشهادة سواه لكون غيره أبى أو منعه مانع تعين عليه القيام بها (وأما) الضرب الآخر وهو ان يكون حقا لآدمى فيلزمه ان يخبر بشهادته صاحب الحق فان لم يفعل فروى عيسى عن ابن القاسم ان شهادته تبطل وذهب سحنون الى انها لا تبطل وقد وقع فى المبسوطة لاشهب ما ظاهره ان شهادته لا تبطل بالسكوت وترك الاخبار فى حقوق الله تعالى ولا فى حقوق العباد قال ابن رشد وهو بعيد وفى مفيد الحكام تفصيل آخر فقال قال ابن رشد فى كتاب الشرح له الشهادات تنقسم على خمسة أقسام قسم لا تصح الشهادة به الا بعد ان يدعى الى أداء الشهادة وهى الشهادة

والمثمون فان ادعى أحدهما الجهل بعد ذلك فلم يكن له القيام ولا يمين فان سقط من العقد لم يصدق أيضا مدعى الجهل الا ان يدعى علم صاحبه به على وجه يمكن فيجب له اليمين عليه انه ما علم بجهله فان نكل ورد اليمين على الآخر حلف لقد جهل ما باعه أو ابتاعه وينفسخ البيع (وسئل) ابن رشد فيمن باع املاكه وهو غائب عنها يعلم انه لم يدخلها قط وانعقد عليه فى العقد انه يعرف قدرها كما يكتب فى الوثائق وكل من فى الموضع يشهد انه لم يدخلها قط ولا يعرف قدرها ولا مبلغها ولا يحوزها قبل الابتياع ولا بعده (فقال) اذا انعقد عليه ذلك فلا يلتفت الى دعواه ولا يكون له فى ذلك قيام قال الا ان يدعى ان المبتاع يعلم ذلك فتجب عليه اليمين وقال ابن حمدين ان كان لم يعلم قدر ما باع وكان جاهلا به فينتقض البيع واذا شهد فى العقد بينهما شاهدان عدلان ثم طلب أحدهما من الآخر ان يشهد غيرهما وأبى الآخر فقال ابن رشد لا يلزمه ان يشهد له أكثر من شاهدين عدلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم اذا كانا عدلين مبرزين فى العدالة ولكنه الاشهاد على شهادتهما ان أراد ان يحصن لنفسه خوف غائلة الموت أو النسيان أو غير ذلك

(فصل) فان قبض المبتاع المبيع ونزل فيه قلت قبل تقييد الاشهاد مانصه ونزل المبتاع فى المبيع وقبضه وأبرأ البائع من درك الانزال فان أقر المبتاع ان الملك للبائع لم

يلزمه انزال وان لم يقر له ففى كتاب الاستغناء قال المشاور ان ابتاع رجل ملكا من رجل قد اشتراه معروفا لغيره فعليه انزاله فيه ودفع وثائق الشراء اليه أو نسخها بخطوط البينة التى فيها ويلزمه ذلك فان أبى وظهر الوثائق جبره الحاكم على دفعها أو نسخها قال غيره فان لم تظهر فللمبتاع الخيار ان أحب امضى البيع والا رجع فى ثمنه واد

الخاصة بالمال وقسم يلزمه القيام به وان لم يدع اليه وهى الشهادة بما يستدام فيه التحريم مثل الطلاق والعتق وشبه ذلك الا على ظاهر قول اشهب وقسم مختلف فيه على قولين أعنى فى وجوب القيام بها وهى الشهادة بالمال للغائب وقسم منها الا يلزم القيام بها اذا لم يدع اليها وهى الشهادة على ما مضى من الحدود التى لا يتعلق بها حق المخلوق كالزنا وشرب الخمر فهذا الا يلزم القيام فيه ويستحب فيه الستر الا فى المشتهر وقسم منها الا يجوز للشاهد القيام بها وان دعى اليها وهى الشهادة التى يعلم الشاهد من باطنها خلاف ظاهرها

{ مسئلة } واذا قلنا تبطل شهادته فهل يكون جرحة ام لا قال ابن القاسم فى رواية عيسى فى الشاهد يرى ملك رجل يباع أو يحول عن حاله ذلك جرحة فى الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بشهادته قال الباجى وعندى ان ذلك انما يكون جرحة اذا علم الشاهد انه ان كتم ولم يعلم بشهادته بطل الحق أو دخل بذلك مضرة أو معرة واما غير هذا فلا يلزمه القيام بها لانه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه قال ابن عبد السلام وينبغى لهذا الشاهد أن يعلم من له الحق بان له عنده شهادة بكذا والا فقد يكون رب الحق حاضرا ويمنعه من القيام ان ليس لحقه شاهد وينبغى لهذا الشاهد ان ينكر على المتصرف فى مال غيره وفى باب القضاء بالشهادات المكتومة كثير من هذه المسائل

{ فصل } قال سحنون وكل من يعلم ان الامام لا يقبل شهادته لجرحة فيه أو لعداوة بينه وبين المشهود عليه أو لغير ذلك مما ترد به شهادته فلا يلزمه ان يشهد فان شهد فليخبر الحاكم انه عدو للمشهود عليه أو قريب للمشهود له واذا شهد مجرح فلا يخبر القاضى بجرحته لئلا يبطل الحق وقيل بل يخبر القاضى بجرحته كما لو كان عبدا أو نصرانيا فعليه ان يخبره بذلك من ابن يونس

{ فصل } واذا قلنا بوجوب اداء الشهادة التى استحفظها فان كان واحدا وذلك فيما يقبل فيه الشاهد واليمين تعين عليه الاداء وكذلك ان كانا اثنين وان كانوا أزيد فالاداء عليهم فرض كفاية الا ان لا يكتفى القاضى بالاثنين اللذين أديا أولا لمانع من قبول شهادتهما أو شهادة أحدهما فيتعين على الثالث ومن لا يتم الحكم الا بشهادته يلزمه ان يؤدى شهادته ولا يحل لاحد الشاهدين أن يمتنع من الاداء ويحيل المشهود له على يمينه مع الشاهد الآخر لان فى الحلف كلفة وكثير من الناس من يكره اليمين ولو تحقق صدق حلفه فان فعل الشاهد ذلك فهو آثم لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة الآية قاله ابن راشد { مسئلة } قالوا ويتعين عليه الاداء اذا كان على نحو البريدين لقلة المشقة فان كانت المسافة أكثر من بريدين لم يجب عليه الاتيان وتحديد البريدين لا يقوم عليه دليل والاصل فى ذلك وجود المشقة وانتفاؤها فاذا كانت المسافة لا يجب منها الاداء فان القاضى يكتب الى رجل من ثقاته فيوقع هذا الشاهد شهادته عنده ويكتب الى القاضى بما أدى عنده فينظر فيه

{ مسئلة } فاذا قلنا انه يلزم الشاهد الاداء من نحو البريدين فانه لا يجوز له ان يأخذ من

المبيع (ويكتب فى ذلك ما نصه) واستثنى البائع سكنى الدار المبيعة مدة من كذا * فان التزم المشترى أن لا يبيعها حتى ينصف من الثمن ومتى فعل حل عليه الثمن فلا يجوز ذلك الا ان يكون طوعا (ويكتب فى ذلك ما نصه) وتطوع المشترى أن لا يحدث فى المبيع بيعا ولا تفويتا حتى يقع الانصاف من الثمن ومتى فعل حل عليه أو ما بقى منه قال القاضى أبو عبد الله بن الحاج فى مسائله اذا انعقد هذا بين المتبايعين فان كان شرطا بينهما فسخ البيع لان هذا مجهلة فى الاجل وان كان طوعا فان كان فى نفس العقد فهو كالشرط وان كان بعد العقد فهو عامل ويحتمل أن يقال ان المتبايعين يسألان عنه فان اتفقا على انه كان بعد عقد البيع فهو طواعية صحيحة وان أقر أنه كان شرطا أو كان طوعا فى نفس العقد فهو كالشرط ويفسخ به البيع ويحتمل ان يكون هذا الشرط مما اذا تركه البائع جاز البيع كبعض بيوع الثنيا وأما اذا اختلفا فقال البائع تطوعت به بعد البيع وقال المبتاع انه كان شرطا أو طوعا فى نفس البيع فالقول قول المبتاع وان كان مدعى الفساد لان العرف فى ذلك جار على الفساد على ما روى عن ابن القاسم فى العتبية فى المغارسة وكذلك ان انعقد بيع دار متى اعترضها السلطان انفسخ البيع ورددت الثمن لم يجز البيع بهذا الشرط وكذلك لو كان طوعا فى نفس العقد ولو كان بعد العقد جاز وقال رحمه الله تعالى المشهود للعلماء فى الشروط المقارنة للبيع ثلاثة أقوال أحدها ان الشرط باطل والبيع جائز والثانى ان البيع باطل والشرط باطل والثالث ان البيع جائز والشرط جائز ويتنوع قول مالك فى هذا الاصل وجمعه على التخليص ان البيع الجائز اذا قارنه

المشهود له شيأ بسبب أداء الشهادة لان فى ذلك طلب عوض على واجب كطلبه أخذ العوض على صلاة نفسه الا فى الركوب لعسر المشى عليه لانه حينئذ يشبه من سقط عنه اداء الشهادة وايضا فمنفعة الركوب ليست للشاهد بل هى مقصورة على المشهود له فان ركب دابة المشهود له وله دابة أو أكل طعامه ففى بطلان شهادته قولان ولو كان الشاهد لا يقدر على النفقة جاز له قبولها قال سحنون ولو اخبر القاضى بذلك لكان حسنا وقيل تبطل ان لم يكن مبرزا وأما ان كانت المسافة بعيدة مثل ما تقصر فيه الصلاة فاكثر ولم يكن للقاضى أمين يشهد هذا الشاهد عنده فلا يضر الشاهد أكل طعام المشهود له وان كان له بال وكذلك ركوب دابته وكذلك ان احتجب السلطان عن فصل الحكم لم يضر الشاهد ان ينفق عليه المشهود له ما أقام منتظرا له اذا لم يجد من يشهد على شهادته ثم ينصرف (وأما حكمتها) فقال ابن راشد حكمة مشروعيتها صيانة الحقوق

(فصل) وأما ما يجب فيه فالكلام فيه فى فصلين (الاول) فى حكم الاشهاد فى الحقوق كالبيع والاجارة والسلم والقرض وما فى معنى ذلك * قال الله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم ويجرى مجرى المبايعة الحقوق على اختلاف انواعها وقد اختلف فى هذا الامر فقال بعض العلماء هو على الوجوب وقال مالك رضى الله تعالى عنه هو على الندب وانما قال مالك رضى الله تعالى عنه ذلك وان كان مذهبه ان الامر محمول على الوجوب اذا تعرى من القرائن لادلة قامت على ذلك منها قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن امانته فلما جاز ان يترك الرهن الذى هو بدل الشهادة جاز ترك الاشهاد اذ لا يفرق المخالف بين ترك الاشهاد والرهن الذى هو بدله بل يقول بوجوب كل واحد منهما انظر باقى الادلة فى المقدمات

(فصل) وحكم الدين حكم البيع كما تقدم من انه مندوب الى الاشهاد فيه فاذا قلنا انه غير واجب فيهما فانه حق لكل من دعى اليه من المتبايعين أو المتداينين على صاحبه يقضى له به عليه ان أباه لان من حقه ان لا يأتمنه ولذلك وجب على من باع سلعة لغيره الاشهاد على البيع فان لم يفعل ضمن لان رب السلعة لم يرض بائتمانه وكذلك كل ما فيه حق لغائب الاشهاد فيه واجب قال الله تعالى فى الزانيين وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين فأمر بالاشهاد لما يتعلق بذلك من حق غيره ومن ذلك اللعان لا يكون الا بمحضر جماعة من المؤمنين لانقطاع نسب الولد وغير ذلك من الاحكام (الثانى) حكم الاشهاد فى النكاح والطلاق والرجعة والاشهاد على عقد النكاح ليس بواجب على مذهب مالك رضى الله تعالى عنه وانما يجب الاشهاد عند الدخول لنفى التهمة والظنة عن نفسه ومعنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى وصداق وشاهدى عدل أى لا يكون وطء النكاح الا باجتماع هذه الاشياء لان النكاح حقيقة انما يقع على الوطء وانما سمى العقد نكاحا لان النكاح الذى هو الوطء يكون به فسمى باسم ما قرب منه ولا يصح أن يحمل

الشرط فاما ان يكون الشرط حراما أو حلالا فان كان حراما فسد البيع به وان كان الشرط حلالا فان كان له تأثير فى النقص من الثمن فسد البيع به أيضا كبيع الثنيا وبيع الامة على ان تتخذ أم ولد وعلى أن لا يبيعها ونحو ذلك وان لم يكن له تأثير فى النقص من الثمن وكان حلالا كما ذكر فهذا يجوز فيه البيع والشرط فان تبرأ البائع الى المشترى بعيب فى المبيع بعد تمام البيع والتزمه المبتاع (فيكتب فى ذلك عقد) تبرأ فلان البائع المذكور فى كذا الى فلان المشترى فيه فى الدار أو الملك الذى باعه منه بعيب كذا اذا أغفل ذكر اشتراطه حين العقد وأراه الآن للمبتاع ووقف معه عليه وتحققه فى المبيع وعلم المبتاع انه بالخيار بأن يرد المبيع ويأخذ ثمنه اذا لم يفت المبيع أو يلزم البيع المذكور فاختار الاستمساك بصفقته ورضى بالعيب المذكور والتزم المبيع به وأسقط عن البائع التبعة فيه عارفا قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا (وأما) اذا قام المبتاع على البائع بعيب أغفل ذكره كما ذكر فان كان ظاهرا وأراه اياه فان المشترى يخير بين ان يمسك المبيع ويلزمه العيب أو يرده ويأخذ ثمنه الا ان يكون قد فات فيرجع عليه بالقيمة وان لم يكن العيب ظاهرا ولم يعلم الا بقوله فلا يقبل قوله فى ذلك وعد ذلك منه ندما ومتى ظهر المبتاع عليه قام به * قال ابن فتحون والعيوب فى الدور ونحوها على ما ذكره الشيخ أبو محمد بن أبى زيد ثلاثة أقسام أحدها عيب خطير يستغرق معظم الثمن فهذا يثبت به الرد ويرجع بجميع الثمن الثانى عيب يسير لا ينقص من الثمن فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب والثالث عيب ينقص من الثمن ولا يذهب بمعظمه فهذا يرجع بقيمة العيب ويتمسك بالمبيع وهى تخالف فى ذلك سائر المبيعات وقال غيره هما سواء واذا ألفى فى العروض عيب خفيف فانه يرجع بقيمته والاول أشهر وقيل انه اذا وجد فى الدور

الحديث على العقد لانه قد ذكر فيه الصداق وذلك مما لا يفتقر اليه العقد باجماع لان القرآن قد جوز نكاح التفويض

(فصل) وأما الاشهاد في الرجعة فقال ابن القصار هو مستحب وحكى القاضي اسماعيل عن مالك انه واجب لرفع الدعاوي وتحصين الفروج والانساب وحكى القاضي عبد الوهاب الوجوب عن بعض شيوخه القرويين وقال في المعونة انه مستحب وحكى القاضي ابو بكر بن العلاء الوجوب عن مالك والمشهور انه غير واجب واختلف العلماء في قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم فقال بعض العلماء هو أمر بالاشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة وقيل المعنى واشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعا لان الله تعالى قال وأشهدوا ذوي عدل منكم عقب ذكر الطلاق والامساك بالرجعة والمفارقة بانقضاء العدة فوجب أن يرجع ذلك الى الجميع رجوعا واحدا اما وجوبا واما ندبا قال القاضي أبو بكر محمد بن بكير المالكي في تاليفه في احكام القرآن المعنى في الاشهاد أنه يشهد ذوي عدل اذا انقضت عدتها أنه قد طلق وأن عدتها قد انقضت خوفا من أن يموت فتدعي انها زوجة لم تطلق أو يموت هي فيدعي الزوج مثل ذلك فامر بالاشهاد لحسم ما يخشى من ذلك وأما اذا امسكها بالرجعة فيشهد على رجعتها ليعلم انها زوجة وانها ليست في عدة لما يخشى مما ذكرناه من الموت قال ابن بكير ويجب عندي لمن أبان زوجته ان لا ينتظر انقضاء العدة وليشهد شاهدين حين الطلاق انها قد بانت منه خشية المعنى الذي ذكرناه لان البائن في معنى التي انقضت عدتها قال ابن رشد ويلزم على قياس قوله ان يلزم الاشهاد في الطلاق الرجعي حين الطلاق مخافة الموت ويشهد أيضا اذا انقضت العدة على انقضائها مخافة ان يموت الزوج فتدعي الميراث أو تزعم ان عدتها لم تنقض قال ابن رشد واذا قلنا ان الاشهاد واجب فمعنى ذلك انه يكون بتركه آثما لتضييع الفروج وما يتعلق به من الحقوق من غير ان يكون شرطا في صحة الطلاق او الرجعة

(الفصل الرابع في مراتب الشهود في الشهادات) وهي احدى عشرة رتبة (الاولى) الشاهد المبرز في العدالة العالم بما تصح به الشهادة فتجوز شهادته في كل شئ وتجريحه ولا يسئل عن كيفية علمه بما شهد به من ذلك كله اذا ابهمه ولا يقبل فيه التجريح الا بالعداوة وقد قيل ان التجريح لا يقبل فيه أصلا لا بالعداوة ولا بغيرها (الثانية) الشاهد المبرز في العدالة غير العالم بما تصح به الشهادة فحكمه كالاول الا انه يسئل عن كيفية علمه بما شهد به اذا ابهم ذلك (الثالثة) الشاهد المعروف بالعدالة العالم بما تصح به الشهادة فتجوز شهادته الا في ستة مواضع على اختلاف في بعضها وهي التزكية وشهادته لاخيه ولمولاه ولصديقه الملاطف ولشريكه في غير التجارة واذا زاد في شهادته أو نقص منها ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها ولا يسئل عن كيفية علمه بما شهد به اذا أبهم ذلك

صحيحة يوم التبايع وتقوم معيبة يوم التبايع فما انحط من القيمة انحط القليل منه أورد المبيع في الكثير قال وفي الواضحة ان العيب في الدار اذا كان الثلث ردت وان كان أقل من الثلث لم ترد به وتأمل كلام سحنون فانه فرق فيبن دور الفنادق وغيرها في مراعاة الثلث وأقل منه وفي سماع عيسى عن ابن القاسم انها ترد من العشر اذا رأى السلطان ذلك نظرا ونحو ذلك وقد قال قائل ينظر الى الثمن فان نقص مائة من ألف كثير ترد الدار به وكذلك ينقص خمسين من خمسمائة ونقص واحد من عشرة بخلاف ذلك ولا ترد به الدار فيرجع بقدره * وقال رحمه الله تعالى من اشترى دارا وبئرها مشتركة مع يهودي أو نصراني أو مجذوم فليس بعيب ويؤمر المجذوم بأن يستنيب من يستقي له وفي الموازية سوء الجار في الدار عيب ترد به وقال غيره ليس ذلك بعيب وقد قال أبو صالح الحراني سمعت مالكا يقول ترد الدار من سوء الجار وكثرة البق فيها عيب ونزلت بقرطبة فحكم بردها والعمل بقرطبة على رد السرير المبقق
فاذا ألفى المشتري عيبا وأراد الرجوع به عند القاضي فان البائع يقرر عليه (فيكتب في ذلك عقد) قال فلان انه ألفى في الدار التي ابتاعها من فلان عيبا لم يعلم به قبل هذا ولا اشترط عليه وهو كذا ويريد الرجوع به وقرر البائع على ذلك فقال انه لا يعرف العيب بالمبيع ولا علم له به ولو علمه لما اشترطه وتلقى ذلك من جوابه وبقي على مقالته فبينهما الشرع واشهد

(الرابعة)

بذلك في كذا * فاذا ثبت ذلك من قوله نظر اليه أهل البصر (ويكتب في ذلك بعد النظر اليه) عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالرباع وعيوبها الى الدار المبيعة بكذا ونظروا اليها فرأوا بها عيب كذا وظهر لهم أن ذلك عيب فاحش ينقص من الثمن كثيرا وانه أقدم من أمد التبايع ومما يخفى عند التقليب وقيدوا على ذلك * شهادتهم في كذا * فاذا ثبت ذلك حكم برده (ويكتب في ذلك) عقد لما قام المشتري فلان على البائع فلان بعيب كذا الثابت في الدار المبيعة بكذا ولم يكن للبائع فيه مقال نفذ ذلك الحكم بوجوب الخيار للمشتري في رد المبيع فصرف المشتري ذلك الى البائع وصار الى ملكه حسبما كان قبل البيع وانفسخ التبايع بينهما واحضر له البائع ما كان قد قبضه من الثمن ودفعه له به فقبضه منه وابرأه منه ولم يبق لواحد منهما قبل الآخر بسبب ذلك كله تبعة وأشهدا بذلك في كذا

(فصل) فان كان المبيع حظا في دار في الاشاعة (فيكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان الربع الواحد من جميع الدار بكذا في الاشاعة أو حظه وهو الربع من جميع الدار ان كان ذلك مبلغ حظه أو حظه الصائر له في والده أو أمه فلانة وبما يقابل ذلك من الحقوق والحرم والمنافع وتبنى على ما تقدم * فان كان سائر الدار للمشتري فيكتب وخلص بهذا الشراء للمشتري ملك جميع الدار اذ سائرها له وتبنى على ما تقدم ولا بد من تسمية الحظ

(الرابعة) الشاهد المعروف بالعدالة غير العالم بما تصح به الشهادة حكمه كذلك الا انه يسئل عن كيفية علمه بما شهد به اذا ابهم ذلك (الخامسة) الشاهد المعروف بالعدالة اذا قذف قبل ان يحد اختلف في اجازة شهادته فلم يجزها ابن الماجشون واصبغ واجازها ابن القاسم وهو المشهور في المذهب لان بالحد تسقط الشهادة (السادسة) الشاهد الذي يتوسم فيه العدالة فتجوز شهادته دون تزكية فيما يقع بين المسافرين في السفر من المعاملات على مذهب ابن حبيب ولا تجوز فيما سوى ذلك دون تزكية فهذا هو المجهول الحال وقال المازري الشاهد الذي لم تثبت له عدالة ولا جرحة يشهد فيما سوى الحدود فمذهب مالك انه يجب على القاضي البحث عن حاله ولا يحمله على فسق ولا عدالة حتى ينكشف له احدى الحالتين وقال ابن رشد اجاز بعض المتأخرين شهادة المجهول الحال في اليسير جدا من المال وهو استحسان والقياس منعه واتفقوا في الحدود والقصاص أنه لا يقبل فيها الا العدل (السابعة) الشاهد الذي لا يتوسم فيه العدالة ولا الجرحة فلا تجوز شهادته في موضع من المواضع دون تزكية الا ان شهادته تكون شبهة في بعض المواضع عند بعض العلماء فتوجب اليمين وتوجب الحميل وتوقيف الشيء المدعى فيه (الثامنة) الشاهد الذي يتوسم فيه الجرحة فلا تجوز شهادته دون تزكية ولا تكون شهادته شبهة توجب حكما (التاسعة) الشاهد الذي ثبت عليه جرحة قديمة أو يعلمها الحاكم فيه فلا تجوز شهادته دون تزكية ولا تقبل فيه التزكية على الاطلاق وانما تقبل ممن علم بجرحته اذا شهد على توبته منها ونزوعه عنها والمحدود في القذف بمنزلته على مذهب مالك لان تزكيته لا تجوز على الاطلاق وانما تجوز بمعرفة تزيده في الخير (العاشرة) الشاهد المقيم على الجرحة المشهور بها فلا تجوز شهادته ولا تقبل التزكية فيه وان زكي وانما تصح تزكيته فيما يستقبل اذا تاب (الحادية عشرة) شاهد الزور فلا تصح شهادته وان تاب وحسنت حاله وروى ابو زيد عن ابن القاسم ان شهادته تجوز اذا تاب وعرفت توبته بتزيد حاله في الصلاح قال ولا أعلمه الا في قول مالك فقيل ان ذلك اختلاف من القول وقيل معنى رواية ابي زيد اذا جاء تائبا مقرا على نفسه بشهادة الزور قبل ان يظهر عليه وهو الاظهر والله سبحانه وتعالى أعلم

(الفصل الخامس في صفات الحقوق ومراتب الشهادات) والحقوق المشهود فيها على خمسة اقسام (الاول) أحكام تثبت في البدن ليست بمال ويطلع عليها الرجال غالبا كالنكاح والطلاق وشبه ذلك مما هو مذكور في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب فهذا القسم لا يستحق فيه شيء الا بشهادة رجلين ولا مدخل في شيء من ذلك للنساء ولا للشاهد واليمين الا القسامة وجراح العمد وفي بعضها خلاف * (الثاني) احكام تثبت في البدن لا يطلع عليها الرجال غالبا كالولادة وما اشبهها مما هو مذكور في الباب الخامس عشر من القسم الثاني من الكتاب فكل ذلك يجزي فيه شهادة امرأتين وفي بعضه خلاف سيأتي ان شاء الله تعالى (الثالث) احكام تثبت في البدن وتتعلق بالمال

في هذا البيع وتسمية عمن صار اليه ميراثا اذا كان معروفا والا فسد البيع لانه يكون مجهولا وقال ابن فتحون اذا أقر المبتاع انه عرف الحظ وان لم يسم في العقد فتذكر ذلك عنه في العقد ويصح البيع فان اشترى المشتري ما في الدار من معلوم أو مجهول ففي ذلك اختلاف روى زياد عن مالك ان ذلك جائز ولا ينقض البيع لانه مما يتوثق

كالشهادة على الوكالة بطلب المال واسناد الوصية التى ليس فيها غير المال ونقل شهادة من شهد بمال والشهادة على أسباب التوارث كالنكاح بعد موت أحد الزوجين ليرث الآخر ما لا وكذا فى الولاء والنسب اذا لم يرد به الا المال وثبوت الارث لا ثبوت النسب ففى دخول النساء فى ذلك خلاف أجاز ابن القاسم فى ذلك شهادة رجل وامرأتين حملا على شهادة الاموال ومنع أشهب ذلك وقال لابد من رجلين اعتبارا باعيانها لا بما تؤول اليه ﴿الرابع﴾ حقوق الاموال كالقرض والوديعة وشبه ذلك مما هو مذكور فى الباب الثالث من القسم الثانى من الكتاب فكل ذلك يستحق بشهادة رجلين أو برجل وامرأتين أو بشاهد ويمين أو بامرأتين ويمين ﴿الخامس﴾ ما تؤول الشهادة فيه الى أحكام تتعلق بالأبدان كالشهادة لمكاتب أنه دفع نجوم كتابته فاستحق بذلك العتق أو ان فلانا باع عبدا من أبى العبد المبيع أو ابنه ممن يعتق عليه أو انه باع أمة من زوجها فاقتضى الفسخ فهذا أيضا له حكم الشهادة فى الاموال لانها شهادات تؤول الى المال وان كانت تستلزم تحرير المكاتب وعتق العبد على أبيه أو ابنه وفسخ نكاح الزوجين وليس من ذلك القطع فى السرقة اذا شهد عليه رجل وامرأتان فانه يضمن المال ولا يقطع والفرق بينهما ان وجوب التضمين لا يستدعى القطع وثبوت أداء نجوم الكتابة يستدعى الحرية وكذا ملك الاب ابنه وملك أحد الزوجين صاحبه يقتضى ثبوت الشراء وعتق الابن وفسخ النكاح فهذا ذكر الحقوق على وجه الاجمال وسيأتى أحكام هذه الشهادات فى أبوابها مفصلا ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما أحكام الشهادات فى الحقوق فتنقسم على خمس مراتب ﴿الاولى﴾ شهادة توجب الشئ المشهود به دون يمين ﴿الثانية﴾ شهادة توجب الشئ المشهود به مع اليمين ﴿الثالثة﴾ شهادة لا توجب الشئ المشهود به الا انها مع ذلك تستدعى الحكم فيه ﴿الرابعة﴾ شهادة لا توجب الشئ المشهود به أيضا وتوجب مع ذلك حقا على الشاهد ﴿الخامسة﴾ شهادة لغو لا توجب شيأ أصلا

﴿فصل﴾ أما الشهادة التى توجب الشئ المشهود به دون يمين فانها تنقسم على ستة أقسام (الاول) أربعة شهود مذكور فى اثبات الزنا وسيأتى ذلك (الثانى) شاهدان رجلان وذلك فى سائر الاحكام سوى الزنا وما ذكر معه وسيأتى (الثالث) شاهد وامرأتان وسيأتى (الرابع) امرأتان بانفرادهما وسيأتى (الخامس) شاهد واحد فيما يبتدئ القاضى فيه بالسؤال وفيما كان علما يؤديه الشاهد كالترجمان والقائف والطبيب ومقوم العيب فى الرقيق ومكشف القاضى فى التعديل والتجريح وسيأتى ذلك (السادس) شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح والقتل وسيأتى

﴿فصل﴾ وأما الشهادة التى توجب الشئ المشهود به مع يمين المدعى فانها تنقسم خمسة أقسام (الاول) شاهد ويمين أو امرأتان ويمين وذلك فى حقوق الاموال وما المقصود منه المال

وسيأتى

البدرى بعد ان قبض ما اشترى نصفا أو ربعا من الدار أو جزأ من الاجزاء وفى تفسير ابن مزين ان البيع فاسد اذا اشترى الارض وشرط معلومها ومجهولها بخلاف اذا اشترط معلوم مال العبد ومجهوله لان مال العبد انما يشترطه المشترى للعبد قال ابن رشد وفى كلام ابن القاسم ما يدل على جواز هذا البيع * وقد اختلف فيما وجده المشترى فى الدار المبيعة من صخر أو عمد أو رخام أو آنية أو فضة أو ذهب أو جوهر أو غير ذلك فقيل ان ذلك لا يكون للمبتاع ويكون حكمه حكم الركاز ان علم انه من دفن الجاهلية وحكم اللقطة ان علم انه من دفن الاسلام قال ابن رشد ومعنى ذلك اذا لم يدعه البائع أو ادعاه ولم يشبه قوله وتبين كذبه واما ان ادعاه واشبه قوله فانه يكون له مع يمينه وان لم تكن له بينة وقال محمد بن دينار ان ذلك يكون للمبتاع وهو قول سحنون فى نوازله وقال ابن حبيب فى الواضحة قال فى الورثة يقتسمون الارض فيجد أحدهم فى حظه تبرا أولبنا أو صخرا ان ذلك له وكذلك المشترى قال القاضى وهذا الاختلاف انما هو فى المجهول الذى لا يعلم صاحبه وأما ان ثبت ان ما وجد من ذلك من متاع البائع أو متاع من ورثه عنه فلا اختلاف انه للبائع وكذلك ما علم انه من دفن الجاهلية يكون حكمه حكم الركاز الموجود فى تلك الارض فلا اختلاف وفى مسائل ابن الحاج من صاد حوتا فباعه فوجد المبتاع فى جوفه لؤلؤة قال ان كان مما يصح انها ملكت مثل ان تكون مثقوبة فهى كاللقطة ويعرفها وليست للبائع ولا للمشترى وان لم تكن مثقوبة فهى دليل على انها لم تملك فكان الشيوخ يختلفون فى ذلك فمنهم من يراها للبائع ومنهم من يراها للمبتاع كالدار يشتريها الرجل فيجد فيها كنزا ففيها اختلاف بين اصحاب مالك قال وانظر لو كان هذا الحوت من حيتان النهر وحيث لا يكونه

وسيأتي ذلك في الباب الثالث ويلحق بهذا اذا شهد شاهد على القتل اقسم المشهود له مع شهادته ايمان القسامة وسيأتي حكمها وبماذا تجب (الثاني) ما يقوم مقام الشهادة في قوة الدعوى في الحقوق وذلك كالرهن اذا اختلف في مقدار الحق فالقول قول المرتهن فيما يدعيه ما لم يتجاوز قيمة الرهن ويمينه على ذلك في قيام الرهن بيده موجبة للحكم له بحقه من التنبيه وسيأتي ذلك في بابه ان شاء الله تعالى (ومن ذلك) ارخاء الستور في النكاح اذا انكر المسيس فالقول قول المرأة في دعوى المسيس مع يمينها وقيل بغير يمين ويجب لها الحكم بذلك وسيأتي في باب الحكم بالقرائن (ومن ذلك) اليد على الشيء المدعى فيه اذا عجز كل واحد منهما عن اقامة البينة أو اقاماها فتكافأتا وسقطتا فيحلف صاحب اليد ويستحق (ومن ذلك) معرفة العفاص والوكاء في اللقطة أو ما قام مقام ذلك من صفتها فيحلف على صحة دعواه ويستحقها وفي اليمين خلاف (ومن ذلك) نكول المدعى عليه اذا لم تكن بينة فاذا نكل ردت اليمين على المدعي فيحلف ويستحق حقه فباجتماع نكول المدعى عليه ويمين المدعي وجب الحق وسيأتي ذلك في بابه (الثالث) شاهد غير عدل على القتل عمدا فتجب القسامة معه على رواية اشهب عن مالك والاصح منعه وكذلك روي عن اشهب ان القسامة تجب بشهادة امرأة واحدة عدل وهذا مبسوط في باب القضاء بايمان القسامة (الرابع) الشهادة بغالب الظن فيما لا سبيل فيه الى القطع وذلك كالشهادة على العدم وسيأتي ذلك مبسوطا في بابه (الخامس) الشهادة على السماع في الولاء والنسب على مذهب ابن القاسم لا يحكم للمشهود له به الا بعد يمينه لانها عنده ليست بشهادة قاطعة وسيأتي ذلك في بابه ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما الشهادة التي توجب حكما ولا توجب الشيء المشهود به فانها تنقسم على ثلاثة اقسام (القسم الاول) شاهد عدل أو امرأتان على الطلاق والعتق فانها توجب اليمين على المشهود عليه اذا أنكر وكذلك القذف اذا شهد به شاهد فقط أو امرأتان فان ذلك توجب اليمين على المدعى عليه وكذلك اذا شهد شاهد بقتل عمد فنكل الاولياء عن القسامة ردت اليمين على القاتل وكذلك اذا شهد شاهد بجرح عمدا أو ما اشبهه من القصاص وكذلك شاهد عدل على النكاح وكذلك اذا شهد بالنكاح رجل وامرأتان فهذه الوجوه كلها يترتب عليها الحكام ولا توجب الشيء المشهود به وهي مذكورة في باب القضاء بالشاهدين (القسم الثاني) شاهد عدل أو شاهد وامرأتان انه سرق له مثل ما ادعى من غير تعيين الشيء المدعى فيه وهو مذكور أيضا في باب القضاء بالشاهدين (القسم الثالث) الشهود غير العدول يشهدون في استحقاق الشيء المعين فذلك يوجب توقيفه عند اصبغ حتى يعرف ما عند المدعى عليه في ذلك وذلك مذكور في باب القضاء بشهادة غير العدول

(فصل) وأما الشهادة التي لا توجب الشيء المشهود به وتوجب على الشاهد حكما فانها تنقسم الى قسمين (الاول) كالشهادة في الحدود والاعراض اذا لم تكمل على وجهها

اللؤلؤ الا ان يسقط مثقوبا أو غير مثقوب فيحتمل ان يكون ذلك سواء كاللقطة ويحتمل ان يسوقه من البحر الى النهر فيفرق بين المثقوب وغيره * وأما الثور أو البقرة تشترى فيوجد في بطنه الورس فهو للمبتاع على كل حال لانه جزء من لحمه * فان اشترى منه حظا من الدار الى جهة بعينها (فتكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان النصف الى جهة الجوف أو الشرق من الدار بكذا احدودها كذا وتبني على ما تقدم ثم تقول على ان يقيما بينهما حائطا تكون النفقة فيه بينهما بالسواء أو من قبل فلان في خاصته تكتب في ذلك ما يتفقان عليه ولا شفعة في هذا لانه ليس في الاشاعة واذا كان الى ناحية بعينها فهو كالمقسوم فان لم تذكر الدخول والخروج من حيث يكون فانه يبقى على المدخل القديم فان اشترط اضافة ذلك لملكه ولا مدخل له على القديم جاز فان استحق ملكه القديم فقيل ينفسخ البيع وحكي عن الابياني انه قال هي مصيبة نزلت بالمشتري ولا ينفسخ البيع ذكر ذلك ابن فتحون فان اشترط أن لا يدخل على المدخل القديم ولم يتصل بدار يضيفه اليها ولا كان له حيث يفتح بابا لم يجز البيع وفسخ لانه من اضاعة المال قال بعضهم وان لم يقل في هذا المبيع الى جهة معينة على اعتدال الذرع الربع أو النصف لم يجز بخلاف المبيع على الاشاعة وقال غيره هما سواء ولا يفسد ان لم يذكر اعتدال الذرع * فان كان المبيع حصتين لرجلين (فيكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان وفلان على نسبة كذا صفقة واحدة جميع الكذا وتبني على ما تقدم وكذلك ان كان المشتريان اثنين (فتكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان وفلان من فلان بالسواء بينهما صفقة واحدة جميع الكذا قال ابن فتحون ولا بد أن تذكر في كل ذلك اذا كثر المشترون أو البائعون صفقة واحدة لانه في الاول ان كان اشترى من واحد

وذلك كالثلاثة قذفوا يشهدون على معاينة الزنا فعليهم حد الفرية وسيأتى ما فى ذلك فى القضاء بأربعة شهود (الثانى) رجوع الشهود عن الشهادة بعد ادائها وقبل الحكم بها واعترفوا بشهادة الزور وانهم تابوا فان شهادتهم لا توجب شيأ وفى تأديبهم خلاف وأما لو رجعوا بعد الحكم بها أما فى مال أو نفس أو حد من قطع أو قذف أو شتم فان أخبروا عن غلط غرموا المال ودية المتلف وان أخبروا عن تعمد كذب غرموا المال واختلف فى الزام القصاص فى المتلف بالقطع والقتل ونحوهما أو الدية ولذلك محل مذكور فيه فى كتب الفقه وأما فى الرجوع عن الشهادة بالقذف والشتم بعد الحكم فليس فيه غير الادب (فصل) واما الشهادة التى لا توجب شيأ أصلا فكشهادة العبد والكافر والفاسق والنساء فيما لا يقبلن فيه ولا تؤثر شهادتهن فيه شيأ كما سيأتى فى بابه ان شاء الله تعالى ومثل شهادة الصبيان فى غير ما يقع بينهم من القتل على ما هو مشروح فى بابه وسيأتى ان شاء الله تعالى

* (الفصل السادس) فى صفات الشاهد وذكر موانع القبول وما يشترط فيه التبريز فى العدالة * وفيه فصلان (الاول فى فضل الشاهد وصفته) وقد نطق القرآن العظيم بفضل الشهادة ورفعها ونسبها تعالى الى نفسه وشرف بها ملائكته ورسله وافاضل خلقه فقال تعالى لكن الله يشهد بما أنزل اليك انزله بعلمه والملائكة يشهدون وقال تعالى فكيف اذا جئنا من كل امة بشهيد وجئنا بك على هؤلاء شهيدا فجعل كل نبى شهيدا على أمته لكونه افضل خلقه فى عصره وقال تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو والملائكة وأولو العلم قائما بالقسط لا اله الا هو العزيز الحكيم ويكفى بالشهادة شرفا ان الله تعالى خفض الفاسق عن قبول شهادته ورفع العدل بقبولها منه فقال تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وقال تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم واخبر سبحانه وتعالى ان العدل هو المرضى بقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء وعرفنا سبحانه وتعالى أن بهم قوام العالم فى الدنيا فقال تعالى ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض قال بعضهم الاشارة الى ما يدفع الله عن الناس بالشهود فى حفظ الاموال والنفوس والدماء والاعراض فهم حجة الامام وبقولهم تنفذ الاحكام وفى الحديث انه عليه الصلاة والسلام قال أكرموا الشهود فان الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويرفع بهم الظلم واشتق الله تعالى لهم اسما من اسمائه الحسنى وهو الشهيد تفضلا وكرما قال ابن راشد وللشاهد فى شهادته حالان حال تحمل الشهادة وحال أدائها فأما حال تحملها فليس من شرط الشاهد فيها الا كونه على صفة واحدة وهى الضبط والتمييز صغيرا كان أو كبيرا حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا عدلا كان أو فاسقا وأما حال أدائها فمن شرط جواز شهادته ان يجتمع فيه خمسة أوصاف متى عرى عن واحد منها لم تجز شهادته وهى البلوغ والعقل والحرية والاسلام والعدالة زاد ابن راشد والمروأة واختلف فى الرشد وزاد ابن رشد وان يكون من اهل التيقظ والسلامة

تعدوا احد فى صفقتين فان الشفعة للآخر ما لم يبع نصيبه بعد علمه ببيع صاحبه فتسقط وفى الثانى ان كان اشترى واحد بعد واحد فان الشفعة للمبتاع الاول فينبغى ان يذكر فى ذلك كله صفقة واحدة فان أغفل ذكر ذلك فى العقد حمل على انه صفقة واحدة لاشهادهم بذلك فى عقد واحد فان وقع البيع على ان ضمن أحد البائعين للمبتاع ما يقبضه سائر اشراكه جاز (ويكتب فى ذلك ما نصه) وضمن فلان للمبتاع فلان ما يخص سائر البائعين من الثمن ان لحقه فى ذلك درك باى وجه كان ضمانا لازما ماله وذمته ولا يجوز ان يتضامنوا فى ذلك الا أن تساوت حظوظهم وكذلك ان تضامن المشترون فى الثمن لا يجوز الا ان يتساووا فيه وان كانت حظوظهم مختلفة لم يجز الا ان يكون ذلك طوعا بعد العقد وكذلك ان كانت الدار مقسومة فلا تجوز الحمالة الا ان يكون طوعا فان كان لرجلين داران أو سلعتان لكل واحد منهما شيئه على حدة فابتاع ذلك منهما واحد لم يجز لان كل واحد من المتبايعين لا يدرى بما باع سلعته وربما طرأ استحقاق فلا يدرى بما يرجع واجازه أشهب ويفرق الثمن على القيمة فيعلم ما يجب لكل واحد منهما وبه قال ابن القاسم أيضا قال ابن فتحون وان وقع التبايع فى صفقتين وأراد جمع ذلك فى كتاب جاز (ويعقد فى ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان جميع الكذا بثمن كذا واشترى فلان من فلان فى صفقة أخرى كذا بثمن كذا ثم تقول وأحضر لكل واحد منهما ماله من الثمن ودفعه له وقبضه وأبرأه منه وتبنى على ما تقدم * فان كان المبيع من هواء فوق سقف ليقيم عليه بناء فذلك جائز (ويكتب فى ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان ما فوق سقف البيت القبلى من داره من كذا ليبنى عليه المبتاع غرفة يكون ارتفاع حيطانها كذا وعرضها كذا بالطوب أو بالآجر وسقفها على صفة

كذا ومدخلها من ناحية كذا ومرحاضها في جهة كذا ويجعل البائع فرشها أو المبتاع بعد معرفتهما بقدر ما تبايعاه وتواصفاه
اشتراء صحيحا وتبنى على ما تقدم ولا يجوز لهذا المشتري أن يبيع هواء الذي يبنيه الا برضا الاسفل فان وهى الفرش كان
على الذي جعله اصلاحه وان سكت عنه كان على المبتاع اقامته لانه أرضه وقيل على الاسفل لانه سقفه

من التغفل (فرع) فلو بلغ خمس عشرة سنة ولم يحتلم وكان عدلا فقال ابن وهب تجوز شهادته وفي رواية أبي زيد عن ابن القاسم لا تقبل شهادة ابن خمس عشرة سنة الا أن يحتلم أو يبلغ ثماني عشرة سنة من مفيد الحكام (تنبيه) وفي كتاب آداب الشهادة لابي الفضل العباس بن اسماعيل بن معمر بن حبيب الجوهري قال واذا أسلم الذمي فشهد شهادة وقد كان عدلا في أهل الذمة قبل أن يسلم قبلت شهادته ولم يحتج الى تجديد تعديل بخلاف الصبي اذا بلغ فلا تقبل شهادته حتى يعدل بعد بلوغه وقال المازري قال أبو حنيفة محتجا لمذهبه في كونه يكتفي بظاهر الاسلام في العدالة اذا أسلم الكافر وشهد بفور اسلامه قبلت شهادته تعويلا على مجرد الاسلام قلنا لم يعول في هذا اذا قيل بقبول شهادته على مجرد الاسلام لكن على العلم بانه لم يعص ولم يفسق بل جب اسلامه عنه الآثام فصار عند الاسلام كمن قطع بطهارته ولم ير ابن القصار قبول شهادته بل ذهب الى التوقف عن قبولها حتى يعلم ما يبدو منه بعد اسلامه لجواز أن يكون مصرا بقلبه على معصية أو اعتقاد فاسد فاعتقده في كتاب آداب الشهادة بكونه كان عدلا قبل اسلامه وأما البلوغ فلان التكليف شرط في الامر والنهي فلذلك اشترط البلوغ واستثنى من ذلك شهادة الصبيان على شروط يأتي ذكرها وكذلك العقل شرط في التكليف واشترطت الحرية لظواهر آيات من القرآن العظيم يطول ذكر الاستدلال منها وفي المقدمات منها ما فيه كفاية * وأما اشتراط الاسلام فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضي وأما العدالة فقال ابن رشد اختلف في حد العدالة والرضا الذي تجوز به شهادة الشاهد اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل في ذلك عندي انه الشاهد الذي يجتنب الكبائر ويتوقى الصغائر على انه لا صغيرة على الاطلاق لان كل ما عصي الله تعالى به فهو كبير وانما يقال لها صغائر باضافتها الى الكبائر قال ابن راشد والعدالة هيئة راسخة في النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقي الصغائر والتحاشي عن الرذائل المباحة وقال ابن شاس المراد بها الاعتدال والاستواء في الاحوال الدينية وذلك أن يكون ظاهر الامانة عفيفا عن المحارم متوقيا للمآثم بعيدا من الريب مأمونا في الرضا والغضب قال بعض أصحابنا ليست العدالة أن يمحض الرجل الطاعة حتى لا تشوبها معصية وذلك متعذر الا في الاولياء والصديقين ولكن من كانت أكثر حاله الطاعة وهي الغالب من أحواله وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل * وأما المروأة فقال ابن راشد لا تقبل شهادة من لم يحافظ على مروأته قال ابن محرز ليس المراد بالمروأة نظافة الثوب ولا فراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة وانما المراد بها التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب مخالطة الاراذل وترك الاكثار من المداعبة والفحش وكثرة المجون وتجنب السخف والارتفاع عن كل خلق ردي يرى أن كل من تخلق به لا يحافظ على دينه وان لم يكن في نفسه جرحة * وأما الرشد فاختلف هل من شرط الشاهد أن يكون رشيدا مالكا لامر

فان كان المبيع نقضا على شرط القلع (فتكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان جميع أنقاض الدار أو الحانوت بكذا حدوده كذا على شرط القلع ليقلعها المبتاع وتكون له منقوضة اذا القاعة لجانب أو لفلان اشتراء صحيحا بثمن كذا قبضه البائع وأبرأه منه وخلص بذلك للمشتري تملك الانقاض المذكورة بعد وقوفه على البناء والانقاض واحاطة علمه ومعرفته بقدره وقدر المؤنة فيه وعلى السنة في ذلك ومرجع الدرك وشهد عليهما بما فيه عنهما في كذا (بيان) ولا يجوز بيع هذه الانقاض على أن تبقى لانه غرر فان وقع فسخ ورد المبيع الى ربه أو قيمته مقلوعا يوم التبايع ان فات بالهدم كانت القيمة أقل من الثمن أم لا وكذلك لا يجوز للمتبايعين أن يعتقدا في الباطن على الابقاء ويظهرا في العقد أمرا صحيحا ولا يحل ذلك لهما فيما بينهما وبين الله تعالى قال ابن سهل وشاهدت الحكم بنقض البيع في أنقاض الارض المحبسة اذا كان المعروف من فعلهم ابقاءها فان قلت

مضى البيع لانه انما يفسخ للتهمة باضمار الابقاء فاذا هدمت ارتفعت الظنة وقد قيل
ان بيع النقض لا يجوز حتى يكون مقلوعا من جهة انه لا يحاط بقدره فان اشترى النقض على ان يؤدي خراج القاعة للسلطان
فلا يجوز ذلك عند ابن القاسم ويقول ابن القاسم هنا القضاء قال بعض المتأخرين وبذلك كان ...

وأصبغ ويجوز ذلك في قول أشهب وكان سحنون يكرهه ثم أجازه قال وبذلك كان يفتي ابن رشد وبه أقول ويجوز لصاحب العرصة بيع عرصته من غير صاحب النقض ويعمل معه ما كان يعمل صاحبها وأما صاحب النقض فقيل يجوز له بيعه ممن يشاء ويعطيه صاحب العرصة

من غيره الا برضاه الا ان يباع في دين أو ضرورة لانه لا يدري هل اشتري نقضا أو قيمة

﴿فصل﴾ فان كان المبيع رحى أو حماما أو فرنا أو حانوتا أو غير ذلك من الرباع فالعقد فيها كما تقدم وتسمى في الا رحى والحمام والافران من الحقوق والمنافع والمرافق ما أمكن لكثرتها فيها

﴿العقار والارض البيضاء ونحوها وما اتصل بذلك﴾

والبيع فيها جائز كما تقدم

﴿عقد شراء فدان﴾

اشترى فلان من فلان جميع الموضع السقوي الكائن بقرية كذا حدوده كذا وبحقوقه وحرمه وكافة منافعه وشربه المعلوم له المعد لسقيه من ماء كذا وما عليه من الثمرات على اختلافها شراء صحيحا بثمن كذا قبضه البائع أو منه دفع لكذا وخلص بذلك للمشترى تملك ما اشتراه خلوصا تاما وحل فيه محل ذي المال في ماله وذي الملك الصحيح في ملكه على السنة والمرجع بالدرك وبعد ان رآه وقبله وعلم ان من عيوبه كذا فرضيه والتزمه وتطوع بأداء لازمه المخزني وهو كذا أو ما بلغ وعرفا قدره وشهد بذلك عليهما في كذا

نفسه فروى أشهب عن مالك ان شهادة المولى عليه جائزة ان كان عدلا وهي رواية ابن عبد الحكم ايضا عنه وقال اشهب لا تجوز شهادته وان كان مثله لو طلب ماله اعطيه واختار ذلك محمد بن المواز قال ولا تجوز شهادة البكر في المال حتى تعنس وان كانت من أهل العدل وأما اليقظة فقال ابن رشد ومن شرط جواز الشهادة ان يكون الشاهد من أهل اليقظة والتحرز لانه ان كان من أهل الغفلة لم يؤمن عليه التخييل والتحيل فيشهد بالباطل ﴿الثاني في موانع القبول﴾ وهي على قسمين مانع مطلقا ومانع على جهة يعني انه يمنع من قبول الشهادة مع بقاء العدالة ﴿القسم الاول﴾ يكثر تعداده ويتعذر حصره ولكن نذكر منه ما يتيسر (فمنه) كل وصف أو فعل مناف للعدالة أو للمروأة أو لهما كتعاطي فعل الفاحشة وما أشبهها من الكبائر والاصرار على الصغيرة يصيرها كبيرة (ومنه) ان يقتطع شيأ من محجة المسلمين قال الباجي في وثائقه ذلك جرحة ان كان اقتطاعه عن معرفة وقصد وان كان لا يضيق ولا يضر بالمارين وظاهر قول غيره أنه لا يقدح الا ان يضر ويفعله عن معرفة انتهى وظاهر كلام ابن سهل ونقله عن أصبغ ان ذلك لا يمنع اذا كانت الطريق واسعة جدا (ومنه) ان يدعي علم القضاء بالنجوم قال أبو عمران ادعاه واشتهر به وأكل المال به سقطت شهادته انتهى من ابن راشد وفي فتاوى ابن رشد الكلام على هذه المسئلة مستوفى ومن جملته ان المنجم اذا كان مؤمنا بالله عز وجل مقرا بأن النجوم واختلافها في الطلوع والغروب لا تأثير لها في شئ مما يحدث في العالم وان الله عز وجل هو الفاعل لذلك كله الا انه جعلها ادلة ما يفعله الله عز وجل فحكم هذا ان يزجر عن اعتقاده ويؤدب عليه أبدا حتى يكف عنه ويرجع عن اعتقاده ويتوب عنه لان ذلك بدعة يجرح بها فتسقط امامته وشهادته على ما قاله سحنون في نوازله من كتاب الشهادات ولا يحل لمسلم ان يصدقه في شئ مما يقول ولا يصح ان يجتمع في قلب مؤمن تصديقه مع قول الله تعالى قل لا يعلم من في السموات والارض الغيب الا الله وقوله تعالى عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحدا الا من ارتضى من رسول وغير ذلك من الآيات والاحاديث (ومنه) سماع القيان عن ابن القاسم وأشهب وقال ابن عبد الحكم من سمع صوت العيدان وحضرها لم تجز شهادته وان لم يكن معها نبيذ الا أن يحضرها في عرس أو صنيع فلا أبلغ به ردّ الشهادة ان لم يكن معها نبيذ وليس الصنيع كغيره وان كان مكروها على كل حال قال ابن عبد الحكم ومن سمع رجلا يغني لم أرد بذلك شهادته الا ان يكون مدمنا وكذلك شهادة المغني والمغنية اذا عرفوا بذلك وكذلك شهادة من يغشى المغنين أو يغشونه أو أكثر سماع القيان ﴿فائدة في حكم السماع﴾ من الرحلة للامام الخطيب العلامة أبي عبد الله بن رشيد قال حكى الحافظ أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسي المحدث الصوفي قال وأخبرني أبو محمد التميمي ببغداد قال سألت الشريف أبا علي محمد بن احمد بن أبي موسى الهاشمي عن السماع فقال ما أدري ما اقول فيه غير اني حضرت بدار شيخنا أبي الحسن عبد العزيز بن الحارث التميمي شيخ

﴿بيان﴾ قولنا وشربه المعد لسقيه وان كان الماء قليلا يؤخذ دولا في أيام معلومة فلا بد من تبين ذلك وان كان الحنافلة كثيرا فيكتب فيه كما تقدم * وقولنا بما عليه من الثمرات ليرتفع الاشكال ولو سكت عن ذلك لكانت للمشترى لان الشجر كلها تبع للارض وكذلك ان كان المبيع كرما أو جنة غلب عليها السواد فالارض تبع للثمر فان كان في الشجر ثمرة لم تؤبر فهي

الحنابلة سنة سبعين وثلاثمائة فى دعوة عملها الاصحاب حضرها الشيخ أبو بكر الابهرى شيخ المالكية وأبو القاسم الداركى شيخ الشافعية والقاضى ابو بكر الباقلانى شيخ الطوائف وامام وقته وأبو الحسن طاهر بن الحسين شيخ أصحاب الحديث وأبو الحسين بن سمعون شيخ الوعاظ والزهاد وأبو عبد الله بن مجاهد شيخ المتكلمين فقال أبو على لو سقط السقف على هؤلاء لم يبق أحد بالعراق يفتى فى نازلة يشبه واحدا منهم وحضر معهم أبو عبد الله غلام باباو كان يقرأ القرآن بصوت حسن وربما قال شيأ فقيل له قل لنا شيأ فقال وهم يسمعون

خطت أناملها فى بطن قرطاس * رسالة بعبير لا بانقاس *

أن زر فديتك لى من غير محتشم * فان حبك لى قد شاع فى الناس

فكان قولى لمن أدى رسالتها * قف لى لامشى على العينين والراس

قال أبو على فبعد ما رأيت هذا الا يمكنى ان أفتى فى هذه المسئلة لا بحظر ولا اباحة (ومنه) النائحة اذا عرفت بذلك (ومنه) شهادة الشاعر الذى يمدح من أعطاه ويهجو من منعه وان كان لا يهجو من منعه ولا يؤذى أحدا بلسانه ويأخذ ممن أعطاه فأرى ان تقبل شهادته ان كان عدلا * وحكى ابن راشد عن ابن زرب ان كان الشاعر يكذب فى شعره لم تجز شهادته قال وأما وصف الشاعر النساء أو الخمر بما يجوز له فلا يقدح وقال ابن العربى فى عارضة الاحوزى فى شرح الترمذى لا بأس بانشاد الشعر فى المسجد اذا كان فى مدح الدين وان كانت فيه الخمر ممدوحة بصفاتها الخبيثة من طيب رائحة وحسن لون واستدل بما فى قصيدة كعب بن زهير التى أولها بانت سعاد (ومنه) عصر الخمر وبيعها وكراء داره ممن يبيعها (ومنه) بيع النرد والمزامير والطنابير وآلات اللهو قاله سحنون (ومنه) ان يحلف أباه قال ابن زرب أو جده أو يحده له قاله ابن القاسم وقال فى الموازية ذلك جرحة مالم يعذر بجهل (ومنه) قطع السكة قاله ابن القاسم وروى عنه ابن المواز الا ان يعذر بجهل وقال عنه العتبى لا يجوز وان كان جاهلا وقال سحنون ليس قطع الدنانير والدراهم بجرحة قال بعض الشيوخ وهذا الاختلاف عندى انما هو اذا قطعها وهى وازنة فردها ناقصة والبلد لا يجوز فيه الا وازنة وهى تجرى فيه عددا بغير وزن فانتفع بما قطع منها وينفقها بغير وزن فتجرى مجرى الوازنة فلا خلاف فى ان ذلك جرحة ولو قطعها وكان التبايع بها بالميزان فلا خلاف ان التبايع بها ليس بجرحة وان كان عالما فمكروه ذلك (مسئلة) ولا بأس ان يقطع الرجل الدنانير والدراهم حليا لبناته ونسائه قاله ابن القاسم وابن وهب وانظر فى البيان والتحصيل فى سماع ابن القاسم فى كتاب الصرف فى رسم شك فى طوافه ورسم تأخير العشائين ما لا يجوز من ذلك وما يكره منه وما يجوز منه وما يتفق عليه من ذلك ويختلف فيه (ومنه) اعتقاد البدعة كالمعتزلة والاباضية والقدرية قال سحنون لا تجوز شهادة أهل البدع على كل حال وسيأتى الكلام على شهادتهم فى القضاء بشهادة غير العدول للضرورة (ومنه) الكهانة (ومنه) ان يترك الجمعة ثلاث مرات متواليات من غير عذر وقيل اذا تركها مرة واحدة

للمشترى وان أبرت فهى للبائع الا ان يشترطها المبتاع وكذلك الزرع ان كان فى المبيع لم يؤبر فهو للمبتاع بمقتضى العقد كالثمرة التى لم تؤبر وان كان ما أبر فهو للبائع الا ان يشترطه المبتاع والابار فى النخل تذكيره وفى غيره من الثمر عقده وثبوت ما يثبت منه وسقوط ما يسقط وفى العنب غربلته وعقده كذلك وذلك هو اللقاح عند مالك وليس ذلك ان يورق الشجر عنده والمعلوم المشهور الذى جرى به الحكم انه فى الزرع نباته وظهوره على وجه الارض وقيل انه ما لم يحبب وان التحبب هو حقيقة الابار فيه حكاه فضل وهو قول ابن الماجشون وقال المازرى فيمن باع أرضا وزرعها وهو لم ينبت ففيه قولان أحدهما انه للمشترى كالثمرة التى لم تؤبر والثانى انه للبائع لانه من الجنس الذى لا يؤبر ولا يذكر فاشبه ما دفن بالارض وخالف الثمر فان أبر بعض ذلك دون البعض قال ابن رشد فالاقل تبع للاكثر شائعا كان أو غير شائع فان لم يكن أحدهما تبعا لصاحبه وكانا متناصفين أو متقاربين فلا يخلو اما أن يكون ما أبر على حدة أو يكون شائعا فى كل نخلة أو شجرة فان كان ما أبر على حدة وما لم يؤبر كذلك فيكون للبائع ما أبر وللمبتاع ما لم يؤبر وان كان ذلك شائعا فى كل ثمرة ففى ذلك أربعة أقوال أحدها انه يقال للبائع اما ان تسلم الحائط بثمره للمبتاع والا نفذ الحائط وينفسخ البيع وهو فى الواضحة والموازية قال ابن العطار أو يرضى المبتاع ان يترك ذلك للبائع فيصح البيع والثانى انه ينفسخ البيع على كل حال وهو قول ابن القاسم قال ابن فتحون وليس عليه عمل والثالث انه يكون كله للمشترى والرابع انه يكون كله تبعا للذى أبر فيكون للبائع * وفى مسائل ابن الحاج من اشترى ثمرة وفيها باكور قد أبر وثمر العصير لم يؤبر فالذى يظهر لى فى ذلك ان ثمرة الباكور مع العصير كبطن واحد وينظر فى ذلك فان كان

بقى للبائع وان كان الاقل فهو للمبتاع وان كان نصفا فيدخل فيه الاختلاف المذكور وقيل فان كانت
الثمرة قد أبرت أو الزرع واشترط ذلك المشترى (فيكتب فى ذلك مانصه) بحقوقها وحومها وجميع ثمرها المأبور أو جميع زرعها
الظاهر الآن فيها اذا اشترط ذلك المشترى فى هذه الصفقة وغير ذلك من المرافق وتبنى على ماتقدم
قال ابن فتحون ولايجوز
اشتراط ذلك ان كان الثمر
مأكولا أو مشروبا على
المشهور فى المذهب كانت
الثمرة مأبورة أو غير مأبورة
الا على الجذ مالم يفترقا عند
مالك رحمه الله ويدخله بيع
الطعام بالطعام الى أجل
وقال محمد بن سلمة يجوز مالم
يبد صلاح الثمرة ولايجوز
أيضا عند مالك ان يشترط
المبتاع بعض الثمرة أو الزرع
ويبقى سائر ذلك للبائع
وينفسخ ان وقع كما لايجوز
اشتراط بعض مال العبد وروى
سحنون عن أشهب جواز ذلك
فى ثمرة النخل ومال العبد
وأما اذا يبس الزرع واستحصد
أو طابت الثمرة فيجوز ذلك
فيهما باتفاق (وسئل) سعيد
ابن حسان عمن باع فدانين
فيهما زرع أو حائطين فيهما ثمرة
فاشترط المشترى زرع أحدهما
أو ثمرته (فقال) لايجوز وهو
بمنزلة مالو باع فدانا واحدا
واستثنى نصف زرعه ومثله
ذكر ابن لبابة ونسباه لابن
القاسم وقال غيرهما هو
جائز لانهما شيآن اشترط جميع
زرع الواحد وذلك سائغ على
مذهب ابن القاسم وأشهب
ألا ترى انه لو افرد كل واحد
منهما بالبيع لجاز ان يستثنى زرعه (وسئل) ابن رشد فيمن باع غرس شجر واشترط على المشترى أن لا يقبضه
الا بعد عام (فقال) من باع حائطه ولا ثمرة فيه على ان يقبضه المشترى بعد عام وهو يثمر فيما دون ذلك فيتخرج اجازة ذلك
على الاختلاف فى المستثنى هل هو بمنزلة المشترى أو مبقى على ملك البائع فيجوز البيع على القول بأن المستثنى مبقى على ملك

من غير عذر سقطت شهادته قال ابن القاسم الا ان يكون من المبرزين فى الصلاح وممن
لايتهم فهو أعلم بنفسه قال ذلك فيمن تركها ثلاث مرات وقال المازرى اختلف المذهب
فى التجريح بترك صلاة الجمعة فقيل لايجرح بتركها الا ان الاعذار القاطعة عن الجمعة قد
تخفى عن الناس ومنها ما يكره اظهاره فيوكل فى ذلك الى أمانة المتخلف عنها ولا تسقط
العدالة الثابتة بأمر محتمل هل وقع على وجه مباح أو محظور وقيل بل يجرح بذلك لان
الظاهر ان تركها معصية والاعذار نادرة ونحن نستصحب الظاهر من الامور واختلف على
هذه الطريقة هل يقع التجريح بالتخلف عنها مرة واحدة أو لا يقع الا بالتخلف عنها ثلاث
مرات (ومنه) من لايقيم صلبه فى الركوع والسجود فلا تقبل شهادته اذا تعمد ذلك فى
فريضة أو نافلة قاله ابن كنانة (ومنه) من لايحكم فرائض الوضوء والصلاة (ومنه) قال
سحنون ولاتجوز شهادة من سافر فاحتاج الى التيمم فلم يحسنه (ومنه) من لزمته زكاة فلم
يعلم نصابها (ومنه) من اتصل وفره وقوته فبلغ عمره الى ستين سنة فلم يحج فلا شهادة له قيل
له وان كان بالاندلس قال وان كان من ابن يونس (ومنه) من حبس دينا فلم يقضه وهو
غنى (ومنه) من اشترى جارية فوطئها قبل الاستبراء ردت شهادته عليه وعليه الادب ان
كان غير جاهل وكذلك لو وطئ صغيرة مثلها لايوطأ وان كانت ممن لاتحيض (ومنه) الفرار
من الزحف وان فر الامام قال ابن زرب حتى تعرف توبته ويزداد خيرا والفرار من الزحف
ان يفر من المثلين (ومنه) ترك الصلاة او الصيام حتى يخرج الوقت المشروع (ومنه) يجهل
أحكام قصر الصلاة اذا كان من أهل السفر (ومنه) شهادة الفقيه فيما استفتى فيه اذا
جاءه المستفتى فى أمر ينوى فيه فروى عن ابن القاسم انه يشهد بما سمع وهى رواية يحيى بن
يحيى وفى رواية عيسى عنه لايشهد بما سمع وبه العمل ومثله ذكر ابن ابى زمنين فى منتخبه
من مفيد الحكام (ومنه) المداومة على ترك المندوب المؤكد كالوتر وركعتى الفجر وتحية
المسجد (ومنه) ان يحد فى قذف فان تاب قبلت مطلقا عند ابن القاسم وعن مالك الا
ماحد فيه وبه قال مطرف وابن الماجشون وهذا الخلاف يدخل فى شهادة ولد الزنا وفى
شهادة البكر الزانى فى الزنا وفى شهادة السارق اذا قطع فيها وفى شهادة قاتل العمد اذا عفى
عنه فى القتل والقول الثانى هو المشهور قال مطرف وابن الماجشون ترد شهادة الزانى فيما
يتعلق بالزنا وكذلك المنبوذ كاللعان والقذف وقال المازرى لم يختلف المذهب فى رد
شهادة ولد الزنا فى الزنا وقبولها فى غيره من المذهب (ومنه) تكرر التجارة الى ارض
الحرب فى قول سحنون (ومنه) قبول جوائز العمال المضروب على ايديهم وكذلك ادمان
الاكل عندهم بخلاف الفلتة وبخلاف قبول جوائز الخلفاء من يرضى منهم ومن لايرضى
وقد قبلها جماعة من العلماء (ومنه) معاملة أهل الغصوب والسلف منهم
(ومنه) اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق (ومنه) العصبية وهو ان يبغض الرجل الرجل
لانه من بنى فلان أو من قبيلة كذا (ومنه) النميمة (ومنه) الطعن على الناس (ومنه)
الخيانة

الخيانة والرشوة (ومنه) تلقين الخصم الخصومة فقيها كان أو غيره (ومنه) صنيعة النيروز والمهرجان (ومنه) اتيان مجلس القاضي ثلاثة أيام متواليات لغير حاجة لان في ذلك اظهار منزلته عند القاضي ويجعل ذلك مأكلة للناس وينبغي للقاضي ان يمنعه من ذلك وقد تقدم (ومنه) ان يأخذ حجارة من المسجد ويقول تسلفتها ورددت مثلها (ومنه) ان يسكن في دار يعلم ان أصلها مغصوب (ومنه) ان يكون له ابن شريب سماع للغناء من الخدم وغيرهن يسكن معه في دار واحدة (ومنه) الالتفات في الصلاة يمينا وشمالا (ومنه) سكوته عن شئ من حقوق الله تعالى مثل عتق عبدا واستبراء ما يملكان وطلاق امرأة يرى زوجها مقيما معها ولا يقوم بذلك وليس له عذر وكذلك في حق الآدمي وقد تقدم ذلك (ومنه) الادمان على اللعب بالحمام (ومنه) الادمان على اللعب بالشطرنج وذلك مانع من قبول الشهادة وان كان انما هو المرة بعد المرة فشهادته جائزة اذا كان عدلا وكره مالك رضي الله تعالى عنه اللعب بها وان قل وقال هو أشد من النرد وقال في كتاب ابن المواز واللاعب بالحمام والنرد والشطرنج ان كان يقامر عليها وكان مدمنا لم يقامر فلا تجوز شهادته وقال محمد بن عبد الحكم ان كان كثير اللعب بالشطرنج حتى يشغله عن الصلاة في الجماعة طرحت شهادته والا جازت وأما النرد فلا أعلم من يلعب به في وقتنا هذا الا أهل السفه ومن ترك المروأة والمروأة من الدين فلا تجوز شهادته قال الابهري تجوز شهادة من لا يدمن على اللعب بالشطرنج اذ لا يخلو الانسان من لهو وفرح يسير وقد روينا عن جماعة من التابعين انهم كانوا يلعبون بالشطرنج قال محمد وغيره لا تجوز شهادته وان لم يكن مدمنا على اللعب قال في المذهب وحكى الداودي عن مالك ان لعبها مرة في العمر تسقط به الشهادة (ومنه) الفطر في رمضان متعمدا (ومنه) ركوب البحر عند ارتجاجه وفي غير ابانه (ومنه) دخول الحمام بغير مئزر وبعدم تطهره في الحمام بعد غسله بما لا يشك في طهوريته (ومنه) افساد الزرع ورعيه على وجه العمد لانه من الفساد في الارض (ومنه) تعليم جاريته الغناء وان لم يسمعه (ومنه) وطء المرأة في حيضها (ومنه) الطحين في الرحى المغصوبة اذا علم ذلك (ومنه) الانتساب الى غير ابيه والانتماء الى غير مواليه (ومنه) هجر اخيه المسلم حتى وان سلم عليه اذا كان غير مواد له الا ان يكون الهجر ثلاثة أيام وبالعداوة والخصومة اذا كانتا في امور الدنيا (ومنه) ان يحترف بالحرف الدنيئة اختيارا ويكون ممن لا يليق به ذلك كدباغة وحجامة وحياكة وكناسة فاما اربابها وفاعلها مضطرا فلا يقدح فيه (ومنه) الاكل في السوق (ومنه) شهادة القراء بالالحان على اختلاف فيه وفي ابن يونس وأكره القراءة بالالحان حتى يشبه الغناء ولا ارد شهادة من فعل ذلك قال أبو محمد بن ابي زيد قال ابن أبي القرطبي وقد اختلف في رد شهادته وقال ابن الفرس واستحسن بعضهم ان لا تجوز شهادته لانه رآهم غير مرضيين والله تعالى قد قال ممن ترضون من الشهداء (ومنه) شهادة البخيل قال ابن القاسم وقد اختلف فيها وان كان يؤدي زكاته وكان

البائع فيجوز البيع على القول بأن المستثنى مبقى ولا يجوز على القول بأنه بمنزلة المشتري للنهي عن بيع الثمار قبل ان تزهو قال ابن فرحون واذا كان في الشجر ثمرة لم تؤبر أو في الارض زرع لم يظهر فلا يجوز للبائع استثناء ذلك كالجنين في بطن أمه وهو للمشتري بمقتضى العقد ولا يجوز أيضا للمبتاع اشتراطه لئلا تقع له حصة من الثمن وقد يمكن ان لا ينبت فيكون من الغرر (ويعقد في ذلك على ما اختاره ما نصه) ويحقوقه وجومه وذلك قبل نبات ما بذر فيه من القمح وظهوره فهو تبع للبيع على واجب السنة فيه دون اشتراط من المبتاع له وتقول في الثمرة وذلك قبل ابارها فهي واجبة له بنفس الصفقة دون اشتراط على واجب السنة وفي الطرر لابن عات عند قوله في الزرع الذي لم ينبت فان اشترطه في صفقة البيع لم يجز وفي نوازل سحنون خلاف في ذلك لانه أجازه فيه اشتراطه في الصفقة قال ولم يذكر فيه ابن رشد قولا آخر واذا أصابت الثمرة المشترطة جائحة اذهبت بعضها أو جميعها فلا قيام للمشتري على البائع بشئ وكذلك ان اشتراها بعد صفقة البيع فلا قيام له بها قلت أو كثرت واذا كان في الارض قليب فهو للمبتاع وان لم يشترطه ولا كلام للبائع فيه قاله حديس وغيره وبه القضاء * وقولنا وبلا زمه المخزني لم يجز ابن القاسم بيع الارض بما عليها من المغرم في نفس الصفقة واجازه أشهب وكان سحنون يكرهه ثم رآه خفيفا ومضى العمل على قول ابن القاسم وتحيل

الفقهاء في كتب ذلك على الطوع بعد عقد الصفقة في كتاب آخر تمسكا بقول ابن القاسم وهو من الكذب اذا الضمائر منعقدة عليه فالاحسن الاخذ بقول أشهب وهو كالعيب عند الجميع فان تبرأ به البائع عند البيع لزم المشتري بلا خلاف وان لم يتبرأ به فان للمشتري ان يرد البيع أو يلتزمه وفي كتاب الاستغناء قال المشاور البيع على الوظيفة جائز

من لم يجز هارآه بتلك الحالة غير مرضى وقال المازرى البخل منع الحقوق الواجبة واما منع
مالا يجب فلا قدح به فى الشهادة يفتقر الى تفصيل يعرفه من يعرف الاستدلال بحركات
الناس وطباعهم وسيرهم فى دينهم وصدقهم (ومنه) شهادة الاخرس قال ابن الفرس وقد
اختلف فيها (ومنه) شهادة آكل الطين وقد اختلف فى قبولها قاله ابن الفرس ووجه المنع
انه اذا غلبته شهوته على أكل ما يضر بدنه فلا يؤمن ان تغلبه على أن يقبل الرشوة أو يشهد
للحمية والعصبية (ومنه) شهادة ناتف لحيته وقد اختلف فيها (ومنه) شهادة البائل
قائما وفيها خلاف (ومنه) شهادة الاغلف ابن حبيب قال ابن الماجشون ان ترك ذلك من
عذر فشهادته جائزة وان كان من غير عذر فلا شهادة له لانه ترك فطرة من سنة الاسلام
ولا عذر له باسلامه وهو كبير قاله ابن يونس (ومنه) شهادة غير الحسن الزى وغير الحسن
الاسم أو الكنية (ومنه) شهادة الصيرفى وفيها خلاف (ومنه) شهادة مكارى الحمير وفيها
ايضا خلاف ذكر هذه الاشياء ابن الفرس فى أحكام القرآن من قولنا ومنه شهادة البخيل
الى ما نقله ابن يونس فى شهادة الاغلف فانظر هل مراده بالخلاف فى المذهب أو خارجه ولكن
جرت عادته اذا كان الخلاف خارج المذهب التنبيه عليه (ومنه) حلق الشارب ويؤدب
فاعله من ابن راشد (ومنه) من سأل الامير ان يقصر عقد الوثائق عليه وان لا يكتبها الا هو
فأجابه الامير الى ذلك فهو جرحة وتسقط شهادته ولا تجوز امامته ان كان اماما من احكام
ابن سهل (ومنه) كون الانسان اذا جلس فى محفل مد رجليه بينهم قال بعض العلماء قال
المازرى وهذا انما يتصور فى صور بالنسبة الى فاعل ذلك فى الجماعة الحاضرين ومقاديرهم
ومقداره والمعنى الذى اجتمعوا لاجله وعدم العذر فى ذلك

(القسم الثانى من موانع قبول الشهادة) ما يمنع على جهة وهو رد الشهادة مع بقاء
العدالة وله سبعة اسباب (السبب الاول) التغفل وقد ذكرنا التغفل فى صفات الشاهد
وانه يشترط فى الشاهد ان يكون متحرزا يؤمن عليه التحيل وقال ابن عبد الحكم قد يكون
الخير الفاضل ضعيفا لا يؤمن عليه الغفلة وان يلبس عليه فاذا كان كذلك لم يجز للامام
قبول شهادته (السبب الثانى) ان يجر لنفسه منفعة أو يدفع عنها مضرة * مثال الجر ان
يشهد على مورثه المحصن بالزنا أو قتل العمد ما لم يكن المشهود عليه فقيرا ولكن يشهد ان اباه
أعتق عبدا يتهم بولائه وكوصى يشهد بدين للميت وكمنفق عليه يشهد للمنفق وفى عكسه قولان
ومثل ان يشهد ان رجلا جرح مورثه ويشهد بدين له أو لغيره ومن يتهم عليه ولو شهد بوصية
فيها شئ له ولغيره فسيأتى حكم ذلك فى باب مفرد * ومثال الدفع ان يشهد بعض العاقلة
بفسق شهود القتل خطأ أو كشهادة المديان المعسر لرب الدين وعكسه كذلك لانه جر لنفسه
(السبب الثالث) أكيد الشفقة بالنسب أو السبب كالابوة والامومة وان علت فيدخل
فى ذلك رد شهادة الجد لولد ولده وكالبنوة وان سفلت وكالزوجية (مسئلة) ولو شهد الاب
مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به وقال بعض الموثقين شهادتهما بمنزلة

شهادة

بعيب لا يقطع به علم أو لم يعلم لان الاصل الحرية والمغارم ظلم أوقعها العمال (وسئل) ابن زرب فيمن باع حقلا من أرضه
الموظفة على انه حر ورد وظيفه على أرضه التى بقيت بيده (فقال) لا يجوز هذا الا ان يلتزم المبتاع من الوظيف بقدر الحقل الذى
اشترى ونزلت عندنا بقرطبة فافتيت فيها بفسخ البيع لان ذلك عيب فى نفس الارض ولو جاز ذلك لوجب
ان توقف أرضه ولم تورث فتكون موقوفة للوظيف عليها ولم تورث * وقال أحمد بن عبد الملك بخلاف ذلك وان البيع جائز على الحرية من التوظيف ويرد ما عليه فان اشترط من الوظيف أكثر مما ينوبه من ذلك فقال ابن رشد فيمن باع وظيفا من أملاكه واشترط من الوظيف على المبتاع أكثر مما ينوب المبيع اذا كان ينوب القرية المبيع نصفها أربعة دنانير فتبرأ البائع من ذلك الى المبتاع بعشرين درهما ولم يشترط عليه ان يحمل عنه من لوازم القرية ما ينوب الاربعة الدراهم الزائدة على نصف الاربعة الدنانير فالبيع جائز ولا يلزم المبتاع الا نصف ما يلزم القرية وان اشترط عليه ان يحمل ما ينوب الاربعة الدراهم من لوازم القرية فالبيع فاسد ان وقع البيع على ذلك بشرطه وان كان ذلك تطوعا بعد العقد صح البيع ولزم المبتاع ما طاع به الى الامد الذى زعم انه نواه مع يمينه وان مات سقط عنه ما طاع به من ذلك بعد موته فان ادعى المبتاع انه كان على الشرط والبائع انه كان على
الطوع فالقول قول مدعى الشرط وان كان يدعى الفساد لشهادة العرف له ويفسخ البيع وقال
ابن زرب الذى به الفتيا وعليه القضاء ببلدنا فى الذى يبيع ماله ويتبرأ الى المبتاع بالعشر على المبيع انه ان كان فى أوان
الزريعة فالعشر على المشترى وان كان قد مضى أوان الزريعة فالعشر على البائع الا ان يشترطه على المشترى وان اشتراه بزرعه

واشترطه فالعشر عليه لانه هو الذي حكم وان اشتراه فى أوان الزريعة وقد زرع البائع ولم يشترطه المبتاع فالعشر على البائع وان
اشتراه وقد فات أوان الزريعة وقد زرع فى الارض ولم يشترطه البائع على المشترى فالعشر على البائع وان اشترى فى أوان
الزريعة ولم يزرع حتى مضى وقت الزراعة فالعشر على المشترى لانه ضيع الزراعة * ولابد من تعيين التاريخ
فاذا شهدت بينة بالبيع
فى يوم معلوم وشهدت بينة
أخرى انه باع من آخر فى ذلك
الشهر فصاحب اليوم بعينه
أحق وفى كتاب الاستغناء اذا
شهد الشهود بالبيع ولم يسموا
الثمن وأحد المتبايعين منكر
لم تجز الشهادة حتى يشهدوا
بالبيع والثمن جميعا وقد قيل
انه ان كان البيع على النقد
كانت للمبتاع بالقيمة والاول
أحسن فان باع على التكسير
(فيكتب فى ذلك عقد) اشترى
فلان من فلان جميع الموضع
بكذا حدوده كذا اشتراء صحيحا
على التكسير بحساب كذا وكذا
لكل مرجع واحضر المبتاع
من واجب ذلك كذا وكذا
دينارا ودفعها الى البائع
عن طوع منه فقبضها منه
وصارت بيده وأبرأه منها وليدفع
سائر الثمن حالا وخلص بذلك
للمبتاع تملك المبيع وتبنى
على ما تقدم ولا يصح دفع
الثمن فى هذا الا بعد التكسير
فان دفعه فانما يكون بطوع
على ما تقدم فاذا كسر المبيع
(فيكتب فى ذلك ما نصه)
واشهد المتبايعان بانهما كسرا
المبيع فبلغ تكسيره
بتكسير من رضيا دينه
وأمانته وبصره كذا يجب له
من الثمن كذا اقبضه البائع وأبرأه منه ولم يبق بينهما بسبب المبيع وثمنه تبعة وأجرة الكيال فى ذلك على البائع على المشهور
قال ابن رشد وهو الصحيح ان على البائع ان يكيل وأجرة الكيال وكذلك كل ما يكال أو يوزن وفى جامع البيوع من العتبية
ان مالكا كان يقول قديما أجرة ذلك على المشترى فان كان مع الموضع المبيع على التكسير دارا وكرم أو شجر لم يجز البيع

شهادة واحدة وفى معين الحكام والقول بانهما بمنزلة شاهدين اعدل ﴿مسئلة﴾ وتجوز
شهادة ولد القاضى على حكم ابيه ومنع ابن سحنون فى العتبية من اجازة القاضى شهادة ابنه
وابن ابنه على رجل الا أن يكون الابن أو ابن الابن مبرزين فى العدالة بينى الفضل
لا يشك فيهما فحينئذ رأى أن تجوز شهادته عنده قال بعض الشيوخ شهادة الاب عند ابنه
أو الابن عند أبيه وشهادة كل واحد منهما على شهادة صاحبه وشهادة كل واحد منهما على
حكم صاحبه هذه اربع مسائل الاختلاف فيها كلها سواء قيل ان ذلك جائز وهو قول
سحنون وقيل ان ذلك لا يجوز وهو قول اصبغ ﴿مسئلة﴾ واما شهادة الاخوين فى حق
فشهادتهما جائزة وليسا كالاب وابنه ﴿تنبيه﴾ وقد تلحقهما التهمة فلا تجوز شهادتهما
كما لو شهدا اخوان ان هذا ابن اخيهما الميت والمشهود له ذو شرف فان النسب لا يثبت
بشهادتهما ويثبت للمشهود له المال ان ادعاه وهذا من مسائل الاقرار بالوارث ﴿مسئلة﴾
ولا تجوز شهادة الاخ لاخيه اذا كان فى عياله لجره اليه وجره اليه جر لنفسه فان لم يكن
فى عياله وكان مبرزا فى حاله جازت شهادته له فى الاموال والتعديل وقال اشهب لا يعدله
لان شرف أخيه شرف له قال ابن حبيب وأما ان كان المشهود له فى عيال الشاهد فتجوز
شهادته ههنا قال بعض المتأخرين ينبغى أن لا تجوز شهادته له بمال لانه يدفع بذلك نفقته
وان كانت لا تلزمه لان ترك النفقة على اخيه والصلة له معرة فيتهم بهذا وأما ان كان
المشهود له اجنبيا وهو فى عيال الشاهد فشهادته له جائزة قال ابن يونس وهذا استحسان
ولا فرق بين القريب والاجنبى فى رواية ابن حبيب ولا تجوز شهادة الاخ لاخيه بما فيه منزلة
أو بما يدفع عنه به عارا ﴿مسئلة﴾ قال فى معين الحكام ولا تجوز شهادة الاخ لاخيه فى الفرية
والنكاح الى من يتشرف بالنكاح اليه وتجوز شهادته له فى الدين اذا كان الشاهد مبرزا
فى العدالة ولم يكن فى عيال المشهود له وفى احكام القرآن لابن الفرس وقال غير ابن
القاسم لا تجوز شهادة الاخ لاخيه مطلقا وانما تجوز على شرط واختلف فى الشرط
ما هو فى كتاب ابن المواز لا تجوز شهادته الا أن يكون مبرزا وقيل تجوز اذا لم تنله صلته وقال
اشهب تجوز فى اليسير دون الكثير الا أن يكون مبرزا فتجوز فى الكثير وفى المذهب وفى
شهادته له بمال أربعة ثالثها ان كان مبرزا جازت ورابعها تجوز فى اليسير دون الكثير
﴿مسئلة﴾ واختلف أيضا فى المذهب فى شهادة الرجل لابن امرأته ولابيها ولامرأة أبيه
والمرأة لابن زوجها وفى شهادة الرجل لزوجة ابنه ولزوج ابنته فلم يجز ذلك ابن القاسم
واجازه سحنون ﴿مسئلة﴾ قال ابن راشد وشهادة الرجل لابن أخيه ولعمه ولابن عمه جائزة
بالمال ولم يجزها ابن كنانة الا فى اليسير ﴿تنبيه﴾ كل موضع تمنع فيه شهادة الاخ لاخيه
فلا يجوز تعديله لمن شهد له بذلك ولا تجريحه لمن جرح من شهد له ولا يجرح من شهد عليه
بما يؤدى الى عقوبته ﴿مسئلة﴾ واختلف فى شهادة الاب لاحد ولديه على الآخر
وفى شهادة الولد لاحد أبويه على الآخر قال ابن محرز والصواب الاجازة ما لم يكن ميل

للمشهود له أو تهمة ﴿مسئلة﴾ وتجوز شهادة الابن والاب والزوجين كل واحد منهما للآخر على انه وكل فلانا فلانا الا أن فلانا وكله ﴿السبب الرابع﴾ العداوة ولا تقبل شهادة العدو على عدوه وتقبل له وشرطها ان تكون العداوة في أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو ما في معنا ذلك بخلاف الدينية الا أن يؤدي الى افراط الاذى من الفاسق المعادي لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالى لان ذلك ربما أورث الشحناء ﴿مسئلة﴾ واختلف فيمن كانت عنده شهادة وكان يذكرها ثم عاداه المشهود عليه فاحتيج الى القيام بها قال اللخمي وقبولها هنا أخف اذا كانت قد قيدت قال واختلف في شهادته على ابن عدوه بمال أو بما لا يلحق الاب فيه معرة فاجازها محمد وان كان الاب حيا والابن في ولايته وقال ابن الماجشون تجوز اذا لم يكن في ولايته وقال أيضا لا تجوز اذا كان الاب حيا يريد وان كان الابن رشيدا لان فيه ادخال الغم على أبيه وحكم الام والجد حكم الاب انظر ابن يونس فان شهد عليه بمال بعد موت أبيه جازت وان شهد على الاب لم تجز وان كان المال قد صار للولد وقال ابن القاسم لا تجوز اذا كان عدو الابيه وشهد بعد موته ﴿مسئلة﴾ واختلف أيضا اذا شهد على صبي في ولاية عدوه فاجازها ابن القاسم ومنعها مطرف وابن الماجشون ﴿مسئلة﴾ واذا كان رجلان متهاجرين لم تجز شهادة احدهما على الآخر فان اصطلحا فقال محمد تجوز وقال مطرف وابن الماجشون ان كانا بحدثان الصلح لم تجز وان طال وصح صلحهما جازت وقال ابن كنانة اذا كانت الهجرة خفيفة عن أمر خفيف جازت وهذا يحسن في الهجر وقال ابن الماجشون ان سلم عليه ولم يكلمه لم تجز شهادته وفي ابن يونس قال مطرف وابن الماجشون ولو شهد اثنان على صبي بجرح وهما عدوان لوصيه لم تجز شهادتهما لان ذلك يصير في ماله فكانهما على الوصي شهدا وكذلك لو شهدا على ميت بمال وهما عدوان لوصيه لم تجز شهادتهما لانهما يخرجان ما بيده ﴿السبب الخامس﴾ الحرص على زوال التعيير وذلك يكون بوجهين * احدهما اظهار البراءة مثل ان يشهد فترد شهادته لفسقه ثم يشهد تلك الشهادة بعد ان صار عدلا فترد لاتهامه على دفع عار التكذيب وكذلك اذا ردت لكفره أو صباه أو رقه * الثاني قصد التسلي والتأسي كشهادة المقذوف في القذف وكشهادة ولد الزنا في الزنا اتفاقا وكشهادة من حد في مثل ما حد فيه على المشهور وقيل تقبل ﴿السبب السادس﴾ الحرص على تحمل الشهادة أو ادائها أو قبولها أما التحمل فهي شهادة المختفي وقد ذكرتها في باب شهادة الاستغفال وأما الحرص على الاداء فمثل ان يبدأ بالشهادة قبل طلب صاحبها وهو حاضر والحق مالي فاذا أداها سقطت وينبغي ان يعلم صاحبها بها ان علم انه غير عالم بها وقد تقدم بعض هذا ولو كان غائبا ففي وجوب القيام بها قولان وأما لو كانت في حقوق الله تعالى فقد تقدم الكلام على ذلك والفرق بين ما يستدام فيه التحريم وبين ما لا يستدام وأما الحرص على القبول فهو ان يحلف على صحة شهادته اذا أداها وذلك قادح فيها لان اليمين دليل على التعصب وشدة الحرص على نفوذها قال

... يجوز اهل العلم وبذلك جرى العمل لانه من المكيل والجزاف ومنهم من يقول يجوز ذلك لانه انما الرد بذلك مما كال أو يوزن وقال ابن فتحون ويخرج من هذا الاختلاف باحد وجهين اما ان يباع ذلك في صفقتين فيكون الموضع في صفقة والدار والشجر في صفقة (فيكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان جميع الموضع بكذا على التكسير والدار والشجر بكذا بثمن مبلغه في ذلك كله كذا الموضع منه في صفقة كذا وسائر ذلك الدار والشجر في صفقة أخرى قبض ذلك البائع وأبرأه منه وتبنى على ما تقدم واما ان يباع المبيع على الجزاف ويكتب قبل تاريخ الاشهاد انه بعد تمام البيع على الجزاف رغب اليه في التكسير وقال ابن فتحون اذا باعه من الارض كيلا معروفا وثمرة معلومة أو شيئا معدودة جاز ولم يدخل ما ذكر قال ابن العطار وأنا أقول انه اذا باع أرضا على التكسير انه لا يجوز حتى يعرف طيب الارض من متوسطها من رديئها كالذي يشتري صبرة شعير وصبرة قمح كل قفيز بدرهم ولا يعرف كيل كل صبرة انه لا يحل وذلك كبيع الارض المختلفة الانماط على التكسير * فان كان المبيع املاكا على الجزاف (فيكتب في ذلك عقد) اشترى فلان من فلان جميع ما يعرف له وينسب اليه وحوته املاكه وضمته فوائده بقرية كذا من عمل كذا من الارضين سقيها وبعلها سهلها وجبالها عامرها وغامرها من دار وجنة واندروكرم وثمرات على اختلافها مثمرها وغير مثمرها وشروب بعضهم مياهها وما انضاف اليها من المسارح والولايج والدرب والقاعات وغير ذلك مما يقع عليه اسم مال وله خطر وبال في الاشاعة وغيرها وبحقوق ذلك كله وحرمه ومنافعه ومرافقه الداخلة فيه والخارجة عنه لم يستثن البائع في شيء مما يعلم له بهذه

القرية المذكورة حقا ولا ملكا ولا مرتفقا قليلا ولا كثيرا الا وخرج عنه للمبتاع المذكور بعد معرفتهما بقدره ومبلغه اشتراء صحيحا جائزا بثمن مبلغه كذا وتبني على ما تقدم ويكون العقد نسختين قال ابن الهندي لانه قد يغيب العقد ويدعي المبتاع انه ابتاعه على التكسير فيجب اليمين على البائع وله رد اليمين فان لم يجد

المبتاع بعض ما وصفه في الوثيقة مثل أن يذكر اندرا ولم يجده ونحو ذلك ففي ذلك قولان أحدهما انه يرجع على البائع بما لم يجده والثاني انه لا يرجع لان ذلك يجري في الكتب وامثاله ما يعلم للبائع قال ابن عتاب وشاهدت محمد بن الفخار استفتي في رجل باع ملكا على الجزاف وفيه شجر زيتون قد طاب ثمرها ولم يشترط المبتاع الثمرة الا أن في الوثيقة جميع ما حوته أملاكه من الارض والشجر على نحو ما يجري في العقود ولم يذكر الثمرة فأراد المبتاع أخذها فأفتى ابن الفخار بأن ذلك له واحتج على ذلك بأن الشجر نفسه لو لم يذكر في الابتياع لدخل فيه وكان تبعا للارض فاذا دخلت الاصول فالثمرة المتولدة فيها التي هي فرع عنها أحق بالدخول قال ونزلت فافتيت فيها بذلك ولم أزل اطلبها في الروايات الى ان ظفرت بها لمحمد ابن عبد الحكم في كتاب الشروط من تأليفه قال محمد ابن عبد الحكم من الناس من يقول من اشترى دارا بما فيها وفيها نخل فالثمرة للمشتري طابت أو لم تطب وأما نحن فنجعل ذلك للبائع الا ان يشترطه المبتاع اتباعا للسنة فيه والآثار قال ابن عتاب والذي أقول به ما شاهدت به الفتيا وبه نفذ الحكم انظر ذلك في الاول لابن سهل * فان طلب المبتاع ان يعدله بعض الاملاك (فيكتب في ذلك ما نصه) بعد قولك مما يقع عليه اسم مال مما عين من ذلك سوى ما استغنى عن تعيينه لاحاطة علم المبتاع بالقليل والكثير فيه جميع الموضع بكذا احدوده كذا

بعضهم الا أن يكون الشاهد من جملة العوام فانهم يتسامحون في ذلك فينبغي ان يعذروا ما لم تقم قرينة تدل على التعصب وكذا لو خاصم الشاهد المشهود عليه فان ذلك دليل على التعصب وذلك موجب لافتقاره الى من يشهد له بصحة ما خاصم فيه هذا اذا كان في حق آدمي فان كان في حق الله تعالى فقد تقدم الحكم فيما اذا كان الشاهد هو القائم على المشهود عليه (السبب السابع) الاستبعاد لصحة وقوع ما شهد به الشاهد والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة البدوي على القروي قال ابن عبد الحكم تأوله مالك على أن المراد به الشهادة في الحقوق والاموال ولم يرد الشهادة في الدماء وما في معناها مما تطلب به الخلوات فلذلك قلنا لا تجوز شهادة البدوي على الحضري ولا شهادته له في الحقوق التي يمكن الاشهاد عليها في الحضر دون الجراح والقتل وقال اللخمي تجوز في القذف والجراح والقتل وفي المال والنكاح اذا قال مررت بهما أو كنت جالسا فسمعته يقر له بكذا أو باع منه كذا أو تنازعا في النكاح فأقر بالعقد ولا تجوز في الوثائق والصدقات ولا فيما يقصد فيه الاهتمام بالشهادة الا أن يعلم مخالطته لهما أو يجمعهم سفر وكذلك شهادة بين حضري وبدوي لا تجوز الا على ما فسرناه الا أن يكون البدوي من قرية الشاهد فيشهد لابنه كانت في قريته أو في الحاضرة اذا كان معروفا بالعدالة وممن يعول في المداينة على مثله (مسئلة) وفي المدونة لا تقبل شهادة السؤال الا في التافه اليسير لحصول الريبة واستبعاد اشهاد الفقراء دون من عرف بالشهادة فان الناس غالبا انما يقصدون بوثائقهم المعتبرة أعيان الشهود وعلى هذا فتقبل شهادتهم فيما لم يقصدوا الى الاشهاد فيه كما لو قال السائل مررت بفلان وفلان وهما يتنازعان فأقر فلان لفلان بكذا فان كانوا فقراء غير سؤال أو سؤالا للامام والاعيان من الناس عند نائبة تنوبهم قبلت مطلقا على الاصح ومراده انهم لا يقبلون الصدقة نصا ومقابل الاصح رد شهادتهم بشرط ان لا يكونوا ظاهري العدالة وأن يكون المال المشهود به كثيرا كخمسمائة دينار وهو قول سحنون لان الفقير ليس بعدل لا سيما اذا لم يسأل ولم يقبل الصدقة وقال بعض الشيوخ اذا كان الفقير لا يسأل ولكنه اذا أعطى الصدقة قبلها فان حكمه حكم من يسأل

(فصل) عشر مسائل يشترط فيها التبريز في العدالة عند ابن القاسم (الاولى) شهادة الاجير لمستأجره اذا لم يكن في عياله (الثانية) شهادة الاخ لاخيه بمال (الثالثة) شهادة المولى لمن اعتقه (الرابعة) شهادة الصديق الملاطف لصديقه (الخامسة) شهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة (السادسة) شهادة المنفق عليه للمنفق (السابعة) اذا زاد في شهادته أو نقص منها بعد ان شهد بها (الثامنة) اذا سئل عن شهادة في مرضه فقال لا أعرفها ثم شهد بها بعد ذلك وذكر الوجه الذي امتنع به من الشهادة في مرضه (التاسعة) شهادة الصناع لمن يكثر استعمالهم للتهمة في جر أعمالهم اليهم وتوقيفها عليهم (العاشرة) الشهادة للصناع اذا كان مثله يرغب في عمله ولا عوض منه من المنطقة

ومن معين الحكام ومن ابن راشد

(الفصل السابع) فيما ينبغي للشهود ان يتنبهوا له في تحمل الشهادة وادائها مما يقع به الغلط والتساهل المذموم * قال أبو عبد الله بن المناصف في تنبيه الحكام على مأخذ الاحكام وينبغي التحفظ والتنبه من الغفلة في الشهادة والمسامحة التي جرت بها العادة وقد شاهدنا من احوال بعض الشهود من قلة الضبط وغمض الحق ما أوردهم ذلك موارد منكرة ويظنون انهم على سواء السبيل اقتداء من بعضهم بمسامحة بعض على غير علم باهتداء ولا اصل اقتداء واعتيد ذلك حتى وقع الانكار على من انكر عليهم وسنشير من ذلك الى مواضع (فمن ذلك) الاسترسال في تقييد الشهادة على معرفة المشهود عليه وذلك انما يصح بعد حصول معرفة العين والاسم معا ولا يكتفى في ذلك بمعرفة العين يعني ان يعرف المشهود عليه بعينه ولا يعرف اسمه ولا نسبه فقط لان ذلك يختل من وجوه ومن الجائز ان يخدعه فيتسمى له باسم غيره ليوجب عليه حقا وهو لا يشعر بذلك وقد تطول المدة فينسى عين المشهود عليه أو يحكم عليه بتلك الشهادة في غيبته ويكون قد تسمى المشهود عليه باسم ذلك الغائب فتقوم البينة على الغائب ويحكم عليه وهو لا يشعر وليس هو المشهود على معرفته بالعين وغير ذلك من الوجوه مما فساده ظاهر وضرره متفاقم فليست هذه هي المعرفة المقصودة في هذا الباب بل يحقق عليه مع ذلك معرفة الاسم الذي يتميز به مثل ان يعرف انه فلان بن فلان أو ما أشبه ذلك مما يزول معه الاشتراك أو يخف ولا يكفي معرفة اسمه خاصة دون معرفة اسم أبيه أو ما يقوم مقامه في التعريف والاختصاص وقد استحب بعضهم أن يزيد اسم الجد لانه اضبط وأبعد لما يتوقى من اشتراك الاسماء في المسمى وابيه قال ابن المناصف وكذلك أيضا لو عرف الاسم دون العين كما لو كان يسمع برجل مشهور لم يقف على عينه فقيل له هذا فلان ولم يتقرر عنده تقررا يوجب العلم بصحته فلا يقدم على تقييد الشهادة في المعرفة بمجرد شهرة الاسم عنده فكل ذلك غلط وتدليس والوهم فيه ممكن فلا بد من معرفة الامرين جميعا في الاسم والعين قال ابن الحاجب ومن لا يعرف نسبه فلا يشهد الا على عينه قال ابن عبد السلام هذا هو الصحيح لاحتمال ان يضع الرجل اسم غيره على اسمه أو بالعكس وقال بعض الاندلسيين يكتب اسمه وقريته ومسكنه ويجتزى بذلك وقال غيره الاحسن ان يكتب نعته وصفته ويشهد الشهود على الصفة حيا أو مات أو غاب قال والذي قاله المؤلف هو التحقيق ونحو ذلك ان يتردد عليه رجل يتسمى بفلان بن فلان أو يخالطه مرة أو مرتين فلا يعجل بالشهادة بالمعرفة حتى يحصل من التردد واشتهار عينه واسمه بحضر غيره من الناس وتواطئهم عليه ما يقع لديه المعرفة التي لا يشك فيها وهذا باب كبير غلط فيه الجمهور (ومن ذلك) ان يأتيه الرجلان لا يعرف الا أحدهما فيشهدانه ان قبضت من هذا ويشيران اليه ولا يذكر اسمه حقا لى عليه وهو كذا وكذا أو أبرأته أو له على كذا وما أشبه ذلك مما يتعلق فيه الحق للمجهول

عند ذكر تاريخ ... كذا والكرم بكذا أحدوده كذا ثم تقول ويحقوق ما غنين من ذلك وما لم يعين وتقول قبل تاريخ الاشهاد وكان هذا التبايع قد انعقد بينهما على الجزاف ثم بعد ذلك رغب المبتاع من البائع ان يحد له ما ذكر فاجابه الى ما ذكر اسعافا لرغبته شهد * فان نزل المبتاع في المبيع على الجزاف (فتكتب في ذلك ما نصه) ونزل المبتاع في

هذا المبيع ما حد منه وما لم يحد بعد ان وقف عليه موضعا موضعا ومكانا مكانا وأراه اعلامه واحاط علما به وأبرأ البائع من درك الانزال والتحديد فان زعم المبتاع عند الانزال انه أراه أكثر مما نزله فيه وأنكر البائع ذلك تحالفا وتفاسخا والبائع المبدأ باليمين فان رضى المبتاع بما يحلف عليه البائع نزل فيه والا حلف وانفسخ البيع وان اختلفا عند التحديد وزعم المبتاع انه أراه عند البيع أكثر مما حد له حلف البائع وله رد اليمين فيحلف المبتاع وينفذ البيع بينهما فيما يحلف عليه الا ان يكون للغير فان كان كثيرا انفسخ البيع وان كان قليلا رجع بما ينوبه من الثمن ومضى العمل بالزام البائع الانزال اذا طلب ذلك المبتاع وكذلك التحديد فان طلب ذلك المبتاع على قرب من التبايع فله ذلك اذا كان ما بينه وبين تمام العام فاذا انقضى العام لم يكن للمبتاع قيام وسقط عن البائع الطلب بذلك وكذلك ان أقر المبتاع بالملك للبائع فلا يلزمه التحديد ولا يلزمه انزال قرب أو بعد وكذلك ينبغي ان تعقد

في هذه الوثيقة انه عرف جميع ما ابتاعه وحدوده ونزل فيه وأبرأ البائع من درك الانزال والتحديد وكذلك ان طلب التحديد بعد التبايع فيكتب على النحو المتقدم في التحديد برغبة المبتاع بعد انعقاد التبايع * وان استثنى البائع استغلال المبيع (فيكتب في ذلك ما نصه) واستثنى البائع استغلال المبيع من الآن الى انقضاء كذا أو سكنى الدار مدة كذا

ويجوز ذلك في الارض الى العشرة أعوام فما دونها وأما الدار فلا يجوز ذلك فيها الا الى عام فما دونه لانها تتغير * فان سلم زوج البائعة في المبيع ان كانت امرأة (فيكتب في ذلك ما نصه) وحضر زوج البائعة فلان وعلم بهذا البيع فسلم فيه وجوز البيع وامضاه بعد معرفته بقدره واشهد بذلك ولا بد من ذكر التعويز في تسليم الزوج لانه اذا كان فيه تصرف المرأة في أكثر من ثلثها فهو غير جائز مفسوخ وقيل انه ماض وان زاد على الثلث حتى يرده الزوج * وان كان المبيع كرما أوجنانا (فتكتب في ذلك عقدا) اشترى فلان من فلان جميع الكرم بكذا حدوده كذا أو جميع الجنة بكذا حدودها كذا وبحقوق ذلك وكافة منافعه ومرافقه الداخلة فيه والخارجة عنه وثمراته وأنواع غراساته وبنائه وغير ذلك من منافعه اشتراء صحيحا وتبنى على ما تقدم وتذكر من العيوب ما فيه من اختلاف الرهوط وقدم الغراسة ورداءة الارض وغير ذلك وفي مسائل ابن رشد ان الكرم اذا ظهر انه شارف قد خلف لم يرد به لانه من العيوب الظاهرة ولا يجوز ان يستثنى الثمرة لنفسه قبل الابار وهي للمبتاع بمقتضى العقد فان وقع ذلك فسخ البيع ورد الاصل الى البائع ما لم يفت وقد تقدم ما لابن رشد في ذلك فان كانت الثمرة قد أبرت ولم يشترطها المشتري ثم ذهب الى شرائها وهي لم يبد صلاحها فهل يجوز له ذلك أم لا في ذلك ثلاثة أقوال أحدها ان ذلك لا يجوز وهي رواية أشهب عن مالك والثاني انه جائز اذا كان ذلك بقرب البيع وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم والثالث ان ذلك جائز قرب أو بعد وهو رواية عيسى عن ابن القاسم وبها القضاء وحد القرب على القول به عشرون يوما ونحوها قال ابن رشد وحكم شراء الزرع بعد الارض حكم الثمرة يدخل فيها الثلاثة الاقوال وان أصابت ذلك جائحة فلا رجوع للمشتري على

عنده ثم ينصرف المقر ويريد المشهود له تقييد الشهادة فينبغي للشاهد التوقف الا أن يكون يعرف المشهود له أيضا وقد كان سئل عن اسمه وما يتميز به بحضرة المقر له فوافق على ذلك وأما ان اعتمد على قول المشهود له في غيبة المقر ان اسمه فلان فلا يصح لانه ربما يسمي له غير نفسه ممن عليه للمشهد الغائب حق كثير ليضيعه أو خصام شديد ليقطعه وما أشبه ذلك مما يتأذى به الغائب ولا ينبغي للشاهد ان يتوهم ان أحدا لا يفعل مثل هذا فقد يفعل ذلك لوجوه واقدام الشاهد على ذلك أمر قادح وغلط واضح (ومن ذلك) ان يأتي الرجل قوما بوثيقة كتبها على نفسه لرجل غائب فيشهدهم فيها الا أرى أن يشهد فيها الا اني أخاف ان يكتب على نفسه للغائب فيستوجب مخالطته فيحلفه اذا ادعى عليه قاله ابن القاسم في سماع يحيى (ومن ذلك) أن يشهد على من لا يعرف فيريد ان يكتفي بتعريف غيره من الناس وقد يكون المعرف عنده غير معروف أو لا يجوز قبول قوله في شئ وهذا من اعظم الجراءة في الاقدام على المسلمين والذي ينبغي لمن صح دينه وراقب الله تعالى ان يصرف كل من لا يعرفه في الشهادة الى غيره ممن يعرفه مهما امكن ذلك فان اضطره الى الشهادة عليه امير أو كان لذلك وجه فليكن المعرف رجلين فصاعدا ممن يرضى دينهما ويستجيز شهادتهما ويسميهما فيكون كالشهادة على الشهادة أو يتقرر عنده من ترادف التعريف وقرينة الحال ما يأمن التدليس معه كما لو استظهر بسؤال من لا يفهم غرضه في ذلك ولا حضر أول الامر بحيث يؤمن تواطؤه معهم في ذلك التعريف فاذا تقرر له ان الكشف على هذا الوجه وشبهه فلا بأس أن يكتفي به في حكم التعريف وان لم يكن فيهم عدول لانه علم استقر عنده بالضرورة ولا بد له مع ذلك في تقييد الشهادة من التنبيه على انه عرف به على وجه كذا وكذا فيذكر المعرفين ان كانوا عدولا والوجه الذي تقرر ذلك به عنده واذا كان التعريف على غير هذين الوجهين فهو باطل لانها شهادة على قول من لا يقبل وذلك ضلال مبين وتدليس على حكام المسلمين (ومن ذلك) اذا ادعى رجل على آخر بدعوى فلم ينكر الخصم دعواه ولا أقر بها بل قال عقيب دعواه عليه وانا لي أيضا عليك مال أو شئ سماه فقال المدعي لمن سمع كلامه اشهدوا لي عليه باقراره فلا يشهدوا عليه بشئ وقد سئل المازري عن ذلك فقال هذا ليس بصريح في التزام ما ادعى به عليه وقد يكون مقصده مقابلة الفاسد بالفاسد وذلك من وجوه الجدال ذكره الشيخ أبو القاسم بن مشكان القيرواني عن شيخه المازري رحمه الله تعالى (ومن ذلك) ما أهملوه من سؤال المعتدة اذا أرادت النكاح وصاحبتها عن انقضاء العدة بما تفهم به احكامها من التفصيل وتعيين الاقراء ونحو ذلك من شرط الحيضة في عدة الوفاة فينبغي الاجتهاد في ذلك ولا يكتفي بقولها قد انقضت عدتي على الاجمال فان النساء اليوم قد جهلن ذلك جهلا كثيرا بل قد جهله كثير ممن يظن به علم ويرى لنفسه حظا وتقدما قال وقد عاينت بعض الجهلة من الموثقين يستغني عن سؤال المرأة جملة اذ هو وجد لتاريخ الطلاق شهرين فصاعدا واتخذ اليوم هذا المقدار

البائع وان أذهب الجميع كما تقدم فى الثمرة المشترطة قال بعضهم والعلة فى ذلك انقطاع السقى عن البائع كالثمرة اذا بيعت
وحدها وقد استغنت عن السقى فلا جائحة فيها (ويكتب فى ذلك) على القول بالجواز وهو المعمول به عقد اشترى فلان من
فلان جميع ثمرة الجنة أو عصير الكرم بكذا الذى ابتاع أصله منه منذ كذا والثمرة فيه منعقدة ولم
يشترطها المشترى ويحتوى
على كذا ابعا وجب له من
ذلك اذ هى الآن لم يبد
صلاحها اشتراء صحيحا بثمن
كذا وتبنى على ما تقدم وقال
بعضهم ولا يحتاج ان يقال
فى هذا عرف قدره اذ هى تبع
للاصول وتأول بعض الشيوخ
ان ذلك لا يجوز الا بصفة
معلومة بخلاف مال العبد
وقال أبو عمران الفاسى ذلك
جائز دون صفة وتأوله على
المدونة

(فصل) فان كان المبيع
شرب عين أو حظا من ماء
(فيكتب فى ذلك) عقد اشترى
فلان من فلان شرب العين
أو الماء أو البئر بكذا أو نصف
شرب جميع أرضه أو ربعه
أو شرب كل يوم جمعة من عين
كذا أو شرب ساعتين أو ثلاثة
من ماء كذا ما تعاقب الليل
والنهار نصف من ذلك ما يجب
وتبين الوقت ثم تقول اشتراء
صحيحا عرفا قدره بثمن كذا
وتبنى على ما تقدم قال ابن
فتحون واذا كان الماء قليلا
فتقول فى النص بعد الوقوف
على قلة الماء وكثرته
والاختبار له فى كل وقت
وزمان وأحاط علم المشترى به
وان كان يقل ويكثر ولا يوقف
على الحقيقة لم يجز بيعه لانه مجهول ولا شفعة فى هذا الشرب المبيع دون (فصل)
ارض وان كانت العين بينهم مشتركة الا ان تباع مع الارض فتكون فيها الشفعة مع الارض واما اذا بيع الماء وحده دون
أرض فلا شفعة فيه الا ان تكون الارض التى تسقى منها مشتركة بينهم فتكون الشفعة فى الارض والماء ولا يجوز بيع

من المدة كثير من النساء والرجال اصلا فى اكمال عدة الطلاق وما أدرى كيف كان أصل
هذا الغلط القبيح (ومن ذلك) ما استخفوه من تقييد العيوب التى يشترطها الدلالون
فى المبيع من الدواب والرقيق والرباع ونحو ذلك مما يسترسلون فى تصديقه وربما عدوا
اشياء محفوظة عندهم وقد يكون بعضها فى المبيع وأكثرها باطل محقق الكذب
ويفعلون ذلك لوجوه من مخادعة البائع والمشترى فقد يغتر البائع فى امضاء البيع اذا
سمع كثرة ذلك فى سلعته ايهاما منهم له واظهارا للنصح ويغتر المشترى أيضا فى التزام تلك
العيون اعتمادا على انها أو جلها باطل وتشديد فى البيع لما عهده الناس من زياداتهم
الكاذبة وجرت به عادتهم الفاسدة غير مرضى بما يشترطونه من ذلك وقد يدسون فى اثناء هذه
العيوب الكاذبة عيبا أو عيبين هى ثابتة فى المبيع عظيمة الضرر يجهلها المشترى بجهل
غيرها اذ لا علم عنده بحقيقة ذلك فهو لو علم بثبوتها قطعا ما رضى ولا أقدم على الشراء بوجه
فهذا مما غفل الموثقون اليوم عنه والحكام أيضا مع كثرة وقوعه جدا لاسيما من الدلالين
على الدواب وفى ذلك من الفساد وجوه (منها) اقرارهم على التكاذب وامضاؤهم له
(ومنها) التدليس على المشترى بالعيب الثابت من جملة العيوب التى يحملها على المبالغة
والكذب (ومنها) ايقاع الشهادة على ما علم الشاهد غيره من باطن الامر لانه يتحقق كما
يتحقق المشترى ان بعضها أو جلها من زيادة النخاسين وكذبهم فينبغى ان لا يقبل منهم فى
ذلك الا ما يصح ويمكن واشباه هذا كثير وانما نبهنا منه على الآكد اذ لا يمكن حصر ما يقع من
الغلط والسهو لانه لا يجرى على اصل قال وأكثر هذه الاشياء مما ذكرناه أو لم نذكره
لا يستطاع الانفصال عنها فى البلد التى اعتيدت فيه الا باعتناء القاضى بها والتقدم فيها
وموالاة البحث عنها والتعنيف لمن يواقعها الان ما يعتاده الجمهور لا يصرفهم عنه توقى
الواحد والاثنين له ولا تعليم المعلمين ووعظ المجتهدين ما لم يكن فيها ارهاب من السلطان
فينبغى للقاضى ويحق عليه الاعتناء بمثل هذه الاشياء والتنقيب عن امثالها ورد مسائل
الشرع الى اصولها

(فصل) لا ينبغى للشاهد ان يشهد فى كتاب مختوم لانه لا يدرى ما فيه ولعله لا يكون فيه شئ
أصلا أو لعل فيه ما لا يحل سماعه من المحظورات فان وثق بصاحبه وأمن مما ذكرناه ودعت
الثقة به الى الشهادة ففى جواز الاقدام على ذلك خلاف قال المازرى فى شرح التلقين
وان دفع رجل الى الشهود صحيفة مطوية وقال لهم دافعها اشهدوا على بما فيها ولم يعرف
الشهود ما تضمنته فان القاضى عبد الوهاب ذكر فى المعونة ان فى هذا روايتين عن مالك
بجواز الشهادة وقبولها وبالمنع من ذلك ورجح القاضى اسمعيل الجواز واحتج له ووافقه
المازرى وفى مختصر ابى بكر الوقار لا يجوز للشهود ان يشهدوا بما فيها الا ان يكون كل منهم
ختم عليها ختما يعرفه فان كانت عند احدهم ولم يختم عليها الا هو لم يجز لهم ان يشهدوا
بما فيها ولا يشهد فيها الا هو لاحتمال الزيادة فيها والنقص منها

{فصل} ومن كتاب آداب الشهادة لابى الفضل العباس بن اسمعيل بن حبيب الجوهرى قال ينبغى للشاهد اذا جىء اليه بكتاب ليشهد فيه ان يقرأ جميع ما فيه ليعرف الخطأ ان كان فيه من الصواب والصحيح من السقيم فيعرف ما يشهد عليه ولتكن قراءته اياه على المشهود عليه وكذلك ينبغى له تجنب الشهادة على النساء اللاتى ليس له بهن خلطة فلن تنضبط معرفة المعروفة منهن فكيف بالمجهولة والتى لا يراها الشاهد فى عمره الا مرة واحدة وهى مختفية مستترة أو من وراء حجاب متكلمة ولذلك قال مالك وتكشف من لا تعرف ليشهد على رؤيتها ويتثبت فى شخصها قال ابن الحاجب ولو عرفها رجلان يريد عدلين ففى جواز أدائه عليها قولان قال ابن عبد السلام والاقرب انه تنقل شهادته عنهما فيقبل عند تعذر أدائهما ويسميهما ليعذر الى المشهود عليه فيهما قال ابن الحاجب أما اذا حصل العلم ولو بامرأة فلا اشكال لحصول العلم بها لان خبر الواحد قد تقترن به قرينة فيفيد العلم وقال اصبغ فى السامعين من المنكحة وان لم يعرفاها هذا أمر لا يجد الناس منه بدا ومن الناس من لا يرى موليته حتى تبلغ النكاح فلا حرج على السامعين فى ذلك لانه موضع ضرورة وأما فى الحقوق من البيوع والوكالات والهبات وغير ذلك فان كان الشهود لا يعرفونها فليس الحكم كذلك ولا أرى ان يشهد عليها فى مثل هذا الا من عرفها بعينها واسمها انظر مفيد الحكام وكذلك ينبغى ان يجتنب الشهادة لمن يتهم بسبب من قريب وصديق وما أشبه ذلك وكذلك ينبغى ان يجتنب الشهادة على شهادة ذى جرحة أو متهم فى الشهادة فيما نقل عنه ومن لا يقبل مثله فى ذلك الحق خوفا من غلط الحاكم فيه اذا نقل اليه الشهادة لان نقلك عنه يوهم عدالته ولا بأس أن تشهد على شهادة من لا تعلمه بجرح ولا تعديل من تنبيه الحكام وكذلك ينبغى له ان يتحفظ من التزوير عليه فى الخط فقد هلك بذلك خلق عظيم وكذلك ينبغى له ان يتأمل الاسماء التى تتقلب باصلاح يسير فيتحفظ من تغييرها * نحو مظفر فانه ينقلب مظهر ونحو بكر فانه يقلب بكير ونحو صقر فانه يجىء ظفر فيكون فى أصل الكتاب صقر بن ظفر مثلا فيصلح ظفر بن مظهر ونحو حبيب فانه يجىء منه محمد ونحو عائشة فانه ينصلح عاتكة ويجىء منه أيضا فاطمة ويجىء من زادان شادان ويجىء من ياقوت يعقوب ويجىء من جميل كميل ويجىء منه أيضا خليل ويجىء من يسار بشار ويجىء منه أيضا بكار ويجىء منه أيضا نصار ويجىء من عبد المجيد عبد الحميد وهذا باب واسع يكفى التنبيه عليه بهذا وقد يكون آخر السطر بياضا فيمكن ان يزاد فيه شئ كما لو كان آخره بكر فيزاد بكران أو يكون عمر فيجعل عمران وكذلك ينبغى له ان يحذر من ان يتم عليه زيادة حرف فى الكتاب فقد تغير الالف الفين اذا زيدت مثاله ان يقر رجل بالف درهم لرجل فيكتب فى الوثيقة أقر ان له عنده ألف درهم فان لم يذكر نصف المبلغ أمكن بعد زيادة ألف فصارت الفا درهم وكذلك لو كان فى الوثيقة انه أقر بألف درهم لزيد وعمرو فاذا زيدت ألف بين زيد وعمرو صارت لزيد أو عمرو فبطل الدين

ثم اذا نهار العامة الآن يصرف منها شئ ويملك بالاسداد فيجوز بيعه {وسئل} ابن رشد فيمن كان له حقل أرض له شرب ماء يستغنى عن زراعته أو بناه دارا أو باعه دون شرب وأراد ان يأخذ الشرب يسقى به أرضا له أخرى أو يبيعه أو يهبه أو يصنع به ماشاء (فقال) ذلك له اذا كان له فى أخذه منفعة وأما اذا أراد ان يأخذه ويحفر له بركا يحبسه فيها ولا يتركه لمن ينتفع به فليس له ذلك والساقية التى يمر عليها الماء اذا علم أن أصلها لصاحب الماء فهى له وجميع ما ينبت فيها وان لم يكن فيها الا المرور فبخلاف ذلك {وسئل} فى ذلك ابن رشد {فقال} اذا كانت رحى لرجل وساقيتها تمر فى أرض رجل آخر فان لم تكن رقبة الساقية لرب الرحى وانما له مرور الماء الى رحاه خاصة فلا حق له فيما نبت فى حاشيتها من الشجر من الغشم وغيره وذلك لصاحب الارض وان كان له أصل رقبة الساقية وهو موضعها من الارض فله جميع ما ينبت فى قعرها وجوانبها من الشجر ان شاء قطعه وان شاء تركه وان تداعيا فى ذلك ولم يكن لواحد منهما بينة على دعواه فالقول قول صاحب الرحا مع يمينه ان رقبة الساقية له ماله وملكه وليس لصاحب الساقية ان يضع طينها اذا نقاها الا على حاشيتها بحيث لا يضر بالارض على العرف والعادة اذ لكل ملك حريم وهو القدر الذى يحتاج اليه ولا يستغنى عنه ولصاحب الارض ان يحدث الى حاشية الساقية بحسب العادة وحيث لا ضرر * فان كان المبيع طريقا بأرضها فى ملك (فيكتب فى ذلك) عقد اشترى فلان من فلان طريقا بارضها الى داره أو جنته فى الفدان الذى لفلان بموضع كذا متوسطة آخذا من القبلة الى الجوف أو من الشرق الى الغرب على استقامة وسعته كذا تصف ذلك ثم تقول وتكون له قاعته وأرضه مالا وملكا وان

من أصله لان الالف لم يجزم بها الواحد منهما وقد يكون فى الكتاب دينار واحد فيجعل دينارا ونصفا لان الواحد يصلح ونصف وكذلك ينبغى للشاهد ان يتفقد حواشى الكتاب فقد يبقى منها ما يمكن ان يزاد فيه ما يغير حكم الكتاب كله أو بعضه

(فصل) اذا شهدت فى كتاب فيه ثقب فان كان بما هو فى أصل الورقة فنبه على ذلك فتقول وفى سطر كذا من هذا الكتاب ثقب قبله كذا وبعد وكذلك تفعل اذا كان ذلك فى عدة مواضع ولا تكتب ان فى الكتاب قرض فأر فانك لا تدرى اقرضه الفأر أو غيره وان شهدت فى كتاب سليم من الآثار ثم وجدت فيه أثرا حين الاداء فان كانت مقاصد الكتاب قد سلمت أقمت الشهادة وقلت خلا مواضع الآثار وهى كذا وكذا موضعا وتصفها وتقول انها كانت سليمة يوم وضع الشهادة وان كان القرض فى موضع يحيل معنى من مقاصد الكتاب فلا تشهد أصلا

(فصل) واذا كنت أول من يشهد فى كتاب فانظر آخر حرف من آخر الكتاب فاكتب فيما يليه بغير فرجة تتركها بين شهادتك وبين آخر حرف من الكتاب لئلا يغير فى الكتاب شئ ويعتذر عنه فى تلك الفرجة فان كانت ضيقة لا تسع الشهادة فسدها بحسبنا الله أو بالحمد لله وانوذكر الله تعالى ولا تضعها فى آخر السطر من الكتاب بلا نية فقد نص القرافى على النهى عن ذلك

(فصيل) اذا كان آخر السطر من الكتاب قد استوفى آخر السطر ولم تبق فرجة وكنت أول من يشهد فاكتب فى أول سطر يليه عنية الكتاب ولا تكتب بسرعة فتبقى فرجة هى بعض سطر فيكتب اعتذارا عن الحاق أو كشط أو غير ذلك

(فصل) اذا شهد قبلك شهود ثم جىء اليك بالكتاب فتأمل شهادة أولهم فان كان بينها وبين آخر حرف من الكتاب فرجة يمكن ان يكتب فيها شئ فصح أنت فى تلك الفرجة هكذا صح صح حين تشغل تلك الفرجة

(فصل) واذا كانت شهادتك فى مسطور وهو من الورق الدمشقى فتأمله قبل ان تؤدى شهادتك فانه ينبشر بشرا خفيا وكذلك ما يكتب فى بعض القراطيس فانه يمحى بسرعة ويجعل فيه غير ما محى لاسيما ان كان الحبر مدادا واحترز من الحبر الذى ينقض

(فصل) وتأمل تعتيق الكتب فان لهم فى ذلك حيلة يجعلون بها الكتاب الطرى كانه عتيق

(فصل) وينبغى للشاهدان يتأمل تاريخ المسطور وينظر فى العدد فان ستين تصير بسرعة ثمانين وتصير سنة ثلاث وثلاثين سنة ست وثلاثين فيبطل التاريخ وتميز الفرق بين سبعة وتسعة وخمسة عشر تجعل خمسة وعشرين والسبعين تصير تسعين وكذلك تأمل عدد الدنانير والدراهم بحسب ماذكرته ولقد أحاد من جعل فى المساطير كذا وكذا دنانير نصفها كذا وكذا وبعضهم يزيد وربعها كذا وكذا

[قوله] الرقبة (فتقول) اشترى منه طريقا بكذا تصفه كما تقدم ثم تقول ويكون له المرور فيه خاصة ولا يكون له شئ من رقبته اشتراء صحيحا وتبنى على ما تقدم * فان أراد صاحب الارض ان يحول الطريق الى موضع آخر من تلك الارض ويغير ذلك الطريق فليس له ذلك الا ان يأذن له صاحب الطريق وان لم يكن له فيها الا المرور خاصة كان عليه فى ذلك ضرر او لم يكن قاله ابن عبد الحكم الا ان يكون بين الممرين نحو الذراع مما لا مضرة فيه على المار الى ماله فلا يمنع صاحب الارض من ذلك واما ان كانت الرقبة للمار فلا سبيل الى ذلك وكذلك لو أراد صاحب الارض ان يغرس أرضه ويحجر عليها ويجعل لصاحب الممر بابا يدخل عليه الى ماله فليس له ذلك الا أن يأذن صاحب الممر وانظر ذلك فى الكافى

(المعاوضة والتصيير والتولية وبيع المريض والتوليج وبيع الغائب على الصفة وغيرها وبيع الخيار والثنيا والاقالة)

(المعاوضة) جائزة وهى من البيوع (ويكتب فى ذلك) عقد تعاوض فلان وفلان بان خرج فلان لفلان عن الدار أو الموضع الكذا حدوده كذا وخرج له الآخر عن الموضع الكذا حدوده كذا وبحقوق كل من الموضعين وما خرج عنه كل واحد منهما للآخر وكافة منافعه تعاوضا صحيحا خلص بذلك لكل واحد منهما تملك ما صار اليه عوضا عما خرج عنه وحل فيه محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك وبعد ان رآى كل واحد منهما ما صار اليه وقلبه فرضيه والتزم به وزاد فلان لفلان لفضل ما صار له عوضا عما خرج عنه كذا وكذا دينارا قبضها فلان وأبرأ منها ونزل كل واحد منهما فيما صار له عارفين قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا (بيان) ان كان فى كل واحد من العوضين ثمرة أو زرع فاما

(فصل)

{فصل} وتأمل اسماء من فى الكتاب وانسابهم من البائع والمشترى والضامن اذا كنت ماتعرفهم معرفة تامة ولا تقرأ عليهم الكتاب وسلهم عن اسمائهم وانسابهم فقد يكون مزورا فما يعرف الشاهد اسم نفسه أو يجهل نسبه و ينسى ما كتب فى الكتاب فيضطرب عند ذلك فان كان شراء سألت البائع عما باعه هل هو كامل أو حصة والملك فى أى موضع وتسأله عن الثمن

{فصل} اذا كتب الشاهد فى شهادته أشهد على اقرار المقرين بما فى هذا الكتاب فذلك غفلة منه لانه قد يقر بما فيه غير المسمين فيه فلا ينبغى ان يقول أشهد على اقرارهما بما نسب اليهما الا ان تلك شهادة ناقصة وقوله على اقرارهما اشارة الى اثنين منكورين وانما يتأول فى حقه انهما المسميان فى هذا الكتاب وأنهما معروفان عنده و يحتمل انه لا يعرفهما فيجب ان يقول أشهد على الاسمين أو المذكورين لتكون شهادته مفسرة فان أتى بما تقدم ذكره فللحاكم ان يستفسره عن المشهود عليهما فربما كانا غير معروفين عند الشاهد

{فصل} قال ابن حبيب سمعت ابن الماجشون يقول من كتب على رجل كتابا بحق له واشهد عليه شهودا ثم ادعى ان كتاب الحق قد ضاع وسأل الشهود ان يشهدوا له بما حفظوه من ذلك فلا يشهدوا على حرف منه وان كانوا لجميع ما فيه حافظين لانه يخاف ان يكون قد اقتضى حقه ودفعه للمديان فمحاه وقد اكتفى اليوم كثير من الناس بمحو كتب الحق من البراءة منها والاشهاد عليها فان جهلوا وقاموا بشهادتهم لم يسع الحاكم الا قبولها و يقال للمشهود عليه أقم بينة ببراءتك و بما تدفع به الشهادة وقال مطرف لهم ان يشهدوا وانما الكتب تذكرة وقاله مالك وقاله اصبغ قال ابن حبيب وهذا أحب الى ان كان المدعى مأمونا وان كان غير مأمون فقول ابن الماجشون احب الى

{فصل} واذا طلب منك ذكر معاينة قبض الثمن فى أداء الشهادة فألزمهم باحضار الثمن ووزنه ونقده وتسليمه حتى يكون موافقا لما ذكر فى الكتاب فاذا صح لك ذلك قلت للبائع قد قرئ عليك هذا الكتاب ووقفت على ما فيه وأشهد عليك بجميع ما فيه وهذا اذا كان متيقظا يفهم ما كتب عليه والا فلا تشهد عليه حتى تفهمه مقاصد الكتاب ثم تقول للمشترى مثل ذلك وتشهد على اقراره بانه تسلم ما اشترى وان استثنى شيء من المبيع أو اشترط عليه عيب نبهته على ذلك

{فصل} واذا أثبت بكتاب اجارة عقار فتسأله هل هو وقف أو طلق فقد يكتب فى مدة اجارة الوقف اكثر مما يجوز

{فصل} وان دعيت الى الشهادة فى النكاح وكانت الشهادة على التعريف وحصلت لك ريبة تريد زوالها فاسأل الولى عن اسمه ونسبه وما هو من الزوجة وما اسمها ونسبها وتنظر النسب بينهما فى الكتاب ولا تضع شهادتك بانه ولى حتى يصح ذلك عندك

ان يكون كل واحد مأبورا أو غير مأبور فان كان غير مأبور فلا تجوز المعاوضة على كل حال وان كان مأبورا فلا تجوز المعاوضة أيضا الا على ان يبقى مال كل واحد منهما من ذلك لصاحبه أو يشترط أحدهما ما للآخر و يستبقى متاعه ولا يجوز ان يشترط كل واحد منهما من ذلك ما للآخر فان كان ما فى أحدهما قد أبر وما فى الآخر لم يؤبر فيجوز على ان تكون الثمرة المأبورة تبقى للذى صارت له الثمرة التى لم تؤبر ولا يجوز ان يشترطها الآخر وان كانت الثمرة أو الزرع فى أحد الموضعين دون الآخر فالحكم فيهما كما تقدم فى البيوع ان كانت لم تؤبر فهى للذى صار له الاصل وان أبرت فهى لصاحب الاصل الا ان يشترطها الآخر فتكون له واذا استحق أحد العوضين أو رد بعيب انفسخت المعاوضة ورجع كل من العوضين لصاحبه الا ان يفوت فيرجع بالقيمة وفى مسائل ابن الحاج اذا بنى أحد المتعاوضين فى الارض التى قبضها ثم طرأ استحقاق فى جملتها فقال ان الموضع الذى بنى فيه من الارض قد فات بذاته قليلا كان أو كثيرا فان كان قليلا عرف مقداره من الارض فان كان أقل من الثلث أخذ سائر الارض وغرم له قابض الارض قيمة الارض المبنى فيها يوم المعاوضة وان كانت قيمة الثلث فأكثر فهو فوت فى الارض كلها وعلى قابضها قيمتها يوم المعاوضة

{التولية} فان ولى شخص لآخر على ما ابتاعه (فيكتب فى ذلك عقد) ولى فلان لفلان جميع الدار أو الموضع الذى ابتاعه بكذا وحدوده كذا وبحقوقه ومنافعه تولية صحيحة عرفا قدرها بالثمن الذى ابتاعه به وهو كذا واحضر له الثمن بعد علم المولى له ان به وقع التبايع ودفعه له فقبضه منه وأبرأه منه وحل المولى له فى هذا المبيع محل المولى ومحل ذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك وبعد ان علم بعيوب ذلك فرضيه والتزمه وشهد عليهما بذلك فى كذا ، والتولية اما ان تكون

{فصل} تجنب ان تشهد بموت غائب بتعريف من عرفك فقد يكون بلغه ذلك بلاغا غير موثوق به فتشهد بموته ثم يقدم فتكون فضيحة وتجنب ان تعرف بصحة ما عرفك به العوام ومن لا يضبط ما يقول

{فصل} اذا سئلت عما لا تذكره فقل ما اذكره ولا تقل ما كان ذلك فانك قد تذكر فتقول فذكرته ولو قلت ما كان ذلك ثم ذكرته وشهدت به كنت قد خالفت ما قلته أولا وان أمسكت عن الشهادة كنت مأثوما فاضبط هذا المعنى فانه نافع فى اشياء كثيرة

{فصل} تجنب الشهادة على شهادة من لم تصح عدالته فربما جعلت شهادتك على شهادته تعديلا منك له

{فصل} فى احكام كاتب الوثائق وينبغى ان يكون فيه من الاوصاف ما نذكره وهو ان يكون حسن الكتابة قليل اللحن عالما بالامور الشرعية عارفا بما يحتاج اليه من الحساب والقسم الشرعية متحليا بالامانة سالكا طرق الديانة والعدالة داخلا فى سلك الفضلاء ماشيا على نهج العلماء الاجلاء فهى صناعة جليلة شريفة وبضاعة عالية منيفة تحتوى على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية وحفظ دماء المسلمين واموالهم والاطلاع على اسرارهم واحوالهم ومجالسة الملوك والاطلاع على أمورهم وعيالهم وبغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك ولا يسلك هذه المسالك وفى التنبيه لابن المناصف ولا ينبغى ان ينصب لكتابة الوثائق الا العلماء العدول كما قال مالك رضى الله تعالى عنه لا يكتب الكتب بين الناس الا عارف بها عدل فى نفسه مأمون على ما يكتبه لقوله تعالى وليكتب بينكم كاتب بالعدل وأما من لا يحسن وجوه الكتابة ولا يقف على فقه او ثقة فلا ينبغى ان يمكن من الانتصاب لذلك لئلا يفسد على الناس كثيرا من معاملاتهم وكذلك ان كان عالما بوجوه الكتابة الا انه متهم فى دينه فلا ينبغى تمكينه من ذلك وان كان لا يضع اسمه وشهادة فيما يكتب لان مثل هذا يعلم الناس وجوه الشر والفساد ويلهمهم تحريف المسائل لتوجه الاشهاد فكثيرا ما يأتى الناس اليوم يستفتون فى نوازل من المعاملات الربوية والمشاركة الفاسدة والانكحة المفسوخة ونحو ذلك مما لا يجوز فاذا صرفهم عن ذلك أهل الديانة أتوا الى مثل هؤلاء فحرفوا الفاظها وتحيلوا لها بالعبارة التى ظاهرها الجواز وهى مشتملة على صريح الفساد فضلوا وأضلوا وحملوا كثيرا من الناس على التهاون بحدود الاسلام والتلاعب فى طريق الحرام وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون

{فصل} قال ابن المناصف وان رأى السلطان من النظر للمسلمين قصر الوثائق على انسان بعينه أو اثنين لكون ذلك الرجل يوثق به فى دينه ومعرفته ونظره فى الوثائق ولنفوذه فى مشكل النوازل ولقصور غيره عن ادراك تلك الحقائق فذلك سائغ حسن بشرط كونه نظرا للمسلمين لا قصدا للمنفعة لذلك الرجل وتكثير ماله بما ينال من الاجرة عليها ولا يحل للموثق نفسه ان يسأل من السلطان قصر الوثائق عليه وان كان أهلا لمعرفتها اذا قصد

يحضر البيع أم لا فان كانت بحضرة البيع وعقد المواجبة به فالعهدة على البائع الاول دون اشتراط وان كانت بعد انعقاد البيع وفى المجلس قبل الافتراق فالعهدة على المولى الا ان يشترطها على البائع فيجوز ذلك ان كانت بعد افتراقهما على قرب فالعهدة على المولى وهل يجوز اشتراطها على البائع أم لا فى ذلك قولان أحدهما ان ذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع فتكون حمالة والآخر ان ذلك يجوز والقرب فى ذلك المسير الى السوق ونحوه وأما ما بعد من ذلك فلا يجوز اشتراط العهدة فيه على البائع وهو كبيع مستأنف وفى كفالة العتبية يجوز اشتراط العهدة على الاجنبى فى العقد ولا يجوز ذلك بعد العقد لانه ذمة بذمة والشركة حكمها حكم التولية فى ذلك سواء

{فصل} والتصيير هو اعطاء الملك فى دين يكون للمصير له على المصير (ويكتب فى ذلك عقد) صير فلان لفلان فى كذا وكذا وجبت له عليه من وجه كذا جميع الدار بكذا أو الموضع بكذا احدوده كذا بحقوق ذلك وكافة حرمه قصيرا صحيحا ناجزا عارفا قدره وصارت به الدار ماله وملكه وحل فيها محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك ونزل فيها حين التصيير وابرأه من درك الانزال وسقط به عن المصير العدد المذكور أتم سقوط وهو عارف بذلك وبصير وشهد عليهما بذلك فى كذا * والتصيير بيع من البيوع الا أن من شرطه انجاز القبض للمصير حين الصفقة فان تأخر عنها فسد لانه يدخله بيع الدين بالدين فلا يجوز ان يصير له ملكا فى اعتماد الغير ولا جارية تتواضع للاستبراء ولا ثمرة يتأخر جذاذها ولا دارا غائبة على وصف يتأخر وأما ان كانت قد نظر اليها أو وصفت له فالتصيير فيها جائز بلا اختلاف وذكر ابن فتحون فى وثائقه انه يجوز للمرأة اذا الزوجها عليها دين ان تصير له فيه دارا هى ساكنة فيها معه لان الاسكان

الاستكثار من الفائدة لنفسه فان فعل ذلك ورغب فيه فهى جرحة فى حقه وقدح فى عدالته وفى احكام ابن سهل لا كثر الله أمثال هذا الفقيه اذا طلب ما لا يجوز له ولا يحل لمومن طلب ذلك فامامته غير جائزة وشهادته ساقطة أما ان فعل ذلك احتسابا فان الله تعالى لا يضيع اجر المحسنين

(فصل) وفى العالى الرتبة فى احكام الحسبة لاحمد بن موسى بن النحوى الدمشقى الشافعى فيما يتعلق بالموثق مما لا يخالف قواعد مذهب مالك رضى الله تعالى عنه قال واذا كتب الموثق كتابا بدأ بعد البسملة بذكر لقب المقر واسمه واسم أبيه وجده وقد تقدم ان ذكر الجد استحسنه بعض المتأخرين من المالكية ثم يذكر قبيلته وصناعته ومسكنه ويحليه ان لم يكن معروفا وهذا أحد الاقوال التى ذكرها ابن عبد السلام عن المذهب قال وان كان معروفا كتب وشهود هذا الكتاب به عارفون وله محققون وكذلك يفعل فى اسم المقر له ثم يؤرخ مكتوبه باليوم والشهر والسنة وعندنا انه يلزم التاريخ بالساعات فى خمسة اشيا ذكرتها فى القضاء بشهادة الاسترعاء قال فاذا فرغ الكاتب من كتابته استوعبه وقرأه وميز ألفاظه وينبغى ان يميز فى خطه بين السبعة والتسعة وان كان فيه مائة درهم كتب بعدها واحدة وينبغى أن يذكر نصفها فان كانت ألفا كتب واحدة وذكر نصفها رفعا للبس وان كانت خمسة آلاف زاد فيها الا ما فصيرها آلاف لئلا تصلح الخمسة فتصير خمسين ألفا ويحترز بذكر التنصيف مما يمكن الزيادة فيه كالخمسة عشر تصير خمسة وعشرين والسبعين تسعين فان لم يذكر الكاتب النصف من المبلغ فينبغى للشهود ان يذكروا المبلغ فى شهادتهم لئلا يدخل عليهم الشك لو طرأ فى الكتاب تغيير وتبديل وان وقع فى الكتاب اصلاح او الحاق نبه عليه وعلى محله فى الكتاب وينبغى له ان يكمل اسطر المكتوب جميعها لئلا يلحق فى آخر السطر ما يفسد بعض أحكام المكتوب أو يفسده كله فلو كان آخر سطر مثلا وجعل النظر فى الوقف المذكور وفى أول السطر الذى يليه لزيد وكان فى آخر السطر فرجة امكن أن يلحق فيها لنفسه ثم لزيد فيبطل الوقف وما أشبه ذلك فان اتفق انه بقى فى آخر السطر فرجة لا تسع الكلمة التى يريد كتابتها لطولها وكثرة حروفها فانه يسد تلك الفرجة بتكرار تلك الكلمة التى وقف عليها أو كتب فيها صح أو صادا ممدودة أو دائرة مفتوحة ونحو ذلك مما يشغل به تلك الفرجة ولا يمكن اصلاحها بما يخالف المكتوب وان ترك فرجة فى السطر الاخير كتب فيها حسبى الله أو الحمد لله مستحضر الذكر الله ناويا له أو يأمر أول شاهد يضع خطه فى المكتوب ان يكتب فى تلك الفرجة وان كتب فى ورقة ذات أوصال كتب علامته على كل وصل وكتب عدد الاوصال فى آخر المكتوب وبعضهم يكتب عدد اسطر المكتوب وان كان للمكتوب نسخ ذكرها وذكر عدتها وانها متفقة وهذا نبه عليه ابن سهل وابن الهندى وغيرهما

(فصل) واذا حضر عند الموثق رجل وامرأة وادعيا انهما زوجان بعقد صحيح وان المكتوب

لازم له دونها فقبضه الدار قبض صحيح بخلاف اذا كانت له وصيرها لها فى كالئها أو فى دين لها عليه فلا يصح قبضها وتذكر فى ذلك معاينة التخلى منها والقبض لانها فارغة من متاع المصير وقال مطرف عن مالك لا بأس بالتصيير فى الدار الغائبة على وصف متأخر وان كانت بينه وبينها الايام اذا خرج الى قبضها وفى الاستغناء قال المشاور ولا يجوز القبض فى جميع التصيير الا بحضرته حاضرا كان أو غائبا والا لم يجز عند ابن القاسم فان وقع بغير حضرته ولا بنظر منه عن قرب فسخ عنده وان أقر بالنزول والقبض قال وبذلك العمل وأجاز ذلك أشهب اذا شهد بالنزول والقبض حاضرا كان أو غائبا فان صير له فى الدين سكنى دار معينة أو ثمرة معينة يجنيها فاجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم قال ابن رشد واختلف قول مالك فيمن كان له على رجل دين فاراد ان يعطيه فيه دابة يركبها أو غلاما يخدمه أو دارا يسكنها فعنه فى ذلك قولان وبالمنع فى ذلك قال ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب لان قبض الشئ عنده قبض لجميع المنفعة واختار ذلك ابن المواز أيضا والقول بالمنع هو المشهور فى المذهب وكذلك ان كان التصيير فى دين وزيادة زادها فلا بد من التناجز (ويكتب فى ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا بثمن كذا قاصه المبتاع منها بكذا كانت له عليه من وجه كذا مقاصة صحيحة سقطت بها العدة المسماة عنه من الثمن وبرئت بها ذمة

البائع من الدين المذكور واحضر له باقى الثمن ودفعه له فقبضه منه ولم يبق قبله بذلك من جميع الثمن حق وخلص للمشترى تملك مشتراه المذكور وقبضه ناجزا ونزل فيه وعلى السنة فى ذلك والمرجع بالدرك وهو عارف به ومصير وشهد عليهما بذلك فى كذا (بيان) ولا يجوز التصيير لمن لا يصح قبضه من يتيم مهمل أو غيره الا ان يكون له وصى يقبض

أو تصرف فيه وأراد التحلل من ذلك فذلك جائز (ويكتب في ذلك) عقد اشهد فلان على نفسه انه كان قد استهلك من مال محجوره فلان وباع له أسبابا وطعاما وغير ذلك وتصرف في أثمان ذلك واستنفقها لنفسه وانه لا يعين الآن مقدارها وأراد التحلل من ذلك فصير له في ذلك جميع الكذا على جهة التمخي من ذلك تصييرا صحيحا ناجزا صار به ذلك ماله ومتاعه ولم يبق معه في شئ من ذلك لاحد حق وانه بذلك عارفا قدره وشهد عليه بذلك في كذا (بيان) قال ابن فتحون وان لم يكن لليتيم أب ولا وصي فلا يصح التصيير له لان القبض يتعذر فيدخله الدين بالدين قال ابن رشد واتفق ابن القاسم وسحنون على انه لا شفعة في هذا التمخي واختلف في التعليل فرآه ابن القاسم بيعا جهل فيه الثمن فلا شفعة فيه ولا يفتقر الى حيازة ورآه سحنون صدقة فلا شفعة فيه وهو عنده يفتقر الى الحيازة قال وقول سحنون أظهر عندي * فان صير الاب لابنه الذي في حجره في مال أقر به حين التصيير وكان أصله معروفا (فيكتب في ذلك عقد) صير فلان لابنه الصغير في حجره أو لابنته البكر في حجره فلانة جميع الموضع بكذا حدوده كذا في كذا وكذا دينارا وجبت قبله من ميراث أو غير ذلك مما يذكره وتبني على ما تقدم ثم تقول قبل الاشهاد ممن يعرف أصل المال المذكور وان الابن المذكور صار له من ميراثه في أمه أو من فائد كذا ما يفي بالعدد المذكور وفي كذا (بيان) ويؤخر اذا صير الرجل لمحجوره ملكا في مال ترتب عليه بشهادة متقدمة أو متأخرة أو اقر به حين التصيير وكان يعرف أصله كما ذكر في الوثيقة فذلك سائغ جائز بلا اختلاف كان المصير صحيحا أو مريضا وذلك نافذ للمحجور على كل حال وان لم يعرف أصله فعلى حكم

الذي بينهما عدم ويقصدان تجديد كتاب الصداق فان كانا غريبين طارئين فالقول قولهما وان رأى ريبة تركهما وان كان قدومهما مع رفقة يعلمون انهما زوجان فليكشف أمرهما من الرفقة وينبغي ان يسأل كل واحد من الزوجين بانفراده ويمتحنهما في المسئلة بما يزيل عنه الريبة فان زالت الريبة والا دفعهما عنه وان كانا بلديين فلا يكتب لهما حتى يصح عنده انهما زوجان

(فصل) وان حضر رجل وزوجته وطلب الزوج ان يكتب له على زوجته انها امرأته من الصداق أو من النفقة والكسوة ونحو ذلك فلا يكتب لهما حتى يصح عنده انها غير محجور عليها بأب أو وصي أو حاكم وان كانا غريبين لم يكتب لهما

(فصل) واذا حضرت امرأة وأرادت ان يكتب لها هبة شئ من مالها فان كان أزيد من الثلث ولها زوج لم يكتب لها ذلك لحق الزوج في ذلك وان لم يعلم حالها سأل عن حالها وهل لها زوج أم لا

(فصل) واذا كتب عقد استحلال فان كان عاقد النكاح مالكي المذهب فلا يكتب ذلك الا باذنه وله ان يكتبه ان كان العاقد حنفيا أو شافعيا

(فصل) واذا حضر رجل بمفرده أو مع امرأة وذكر انها زوجته وانه يقصد طلاقها وليس معها كتاب نكاح يدل على الزوجية وأراد كتابة الطلاق في ورقة مجردة فليتحرز فان بعض الناس يجعل ذلك صورة وليست زوجة له بل يريد بكتابة الطلاق حتى يحضر عنده شهود ويراجعها وتكون ورقة الطلاق تدرأ عنه التهمة فينبغي التحرز في ذلك

(فصل) وقد تقدم فيما يتعلق بالشاهد انه لا يشهد على من لا يعرف الا بعد معرفة اسمه وعينه ونسبه فكذلك ينبغي للموثق الاحتراز منه فقد يحضر الى الموثق رجل يدعي ان اسمه كذا ويسأله ان يكتب عليه مسطورا بألف درهم لفلان فلعل ذلك قد تسمى باسم غيره ثم بعد مضي زمان يخرج المكتوب ويدعي به على صاحب الاسم ولعل الكاتب قد نسيه أو مات ومات الشهود وثبت ذلك بالخط فيحكم على ذلك المدعى باسمه وهو بريء فلا ينبغي ان يكتب الا لمن عرف اسمه وعينه معرفة تامة وكذلك الحكم في كل كتاب من مبايعة أو وقف أو تمليك أو عتق أو صداق أو طلاق لا يكتفي بمجرد قول الشخص انا فلان ولا بالحلية على المشهور كما تقدم فان الحلية تتغير والناس يتشابهون فينبغي ان يكون الكاتب ذكيا فطنا عارفا لئلا يدخل الضرر على الناس بجهله بالصناعة

(فصل) وينبغي له ان لا يكتب لاحد مبايعة الا بعد ان يحضر كتبها فان شهدت بصحة ما يطلب كتابته بانتقالها اليه بشراء أو ميراث أو صدقة ونحو ذلك كتب وكذلك كتب الاجارة ومتى لم يحضر شيأ من ذلك فلا يكتب له الا ان يكون رجلا معروفا مشهورا بالصدق والامانة وان لم يكن معروفا وادعى ان المبيع ملكه وان كتبه ضاعت فليحترز فان ذلك موضع تهمة فقد يبيع الانسان ملك غيره ويشهد عليه بذلك ويتسمى باسم صاحب الملك

ويثبتوا المشتري القيام بالشراء حتى يطول الزمان قليلا أو يموت صاحب الملك فيدعي على
ورثته وغير ذلك من وجوه الضرر فينبغي اذا ادعى ضياع الكتب ان يحضر جماعة
يشهدون له بالملك ولو عمل بذلك محضر أو شهد به عند الحاكم وأثبت على الحاكم كان أجود
ولو فتح هذا الباب بيعت أملاك الناس بغير مستند

(فصل) واذا كتب المبايعة فليحدد المكان وليذكر الجدران المختصة به والمشتركة وطرقه
ومدخله ويذكر محله من البلد وينبغي للكاتب اذا سافر الى جهة لا يعرف اصطلاح أهلها
ان لا يتصدى للكتابة بين أهلها الا بعد ان يعرف سنتهم ومذهبهم ونفوذهم ومكاييلهم
وأسماء الاصقاع والطرق والشوارع فبمعرفة ذلك يتم له الامر وينبغي له ان يقدم اسم
المشتري على البائع لقوله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم

(فصل في أجرة الكاتب) وفي التنبيه اختلف العلماء في جواز أخذ الاجرة على كتب الوثائق
فأجاز ذلك قوم ومنعه آخرون ويدل على الجواز قوله تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ولان
من استديم عمله وكد خاطره كلما احتاج الى ذلك انسان فان ذلك يضر به ويستغرق مدة
حياته من غير عوض عن ذلك وهذا غاية الضرر واذا ثبت جواز الاخذ على الكتابة
فالاولى لمن قدر واستغنى التنزه عن ذلك واحتساب عمله عند الله تعالى * واذا لم يكن
بد من أخذ الاجرة فنقول وجه الاجارة ان تسمى الاجرة وتعين العمل فان وافق الكاتب
المكتوب له على ذلك وجاء الكتاب على ما اتفق معه عليه فهي اجارة صحيحة وتجوز بما
اتفقا عليه من قليل أو كثير ما لم يكن المكتوب له مضطرا الى الكاتب اما لكون ذلك
مقصورا عليه واما لانه لا يوجد في ذلك الموضع غيره ممن يقوم بذلك فالاولى حينئذ المسامحة
ولا يرفع على الناس فوق ما يستحق لما علم من ضرورتهم اليه فان فعل فهي جرحة في حقه
لانه قد تعين عليه القيام بذلك من غير اضرار أما ان لم يوافق الكاتب المكتوب له على شئ
فههنا نظر وعلى هذا الوجه غالب كتابات الناس اليوم لان الموثقين يتعففون عن ذكر
ذلك من باب الحياء والمروأة ولئلا ينزلوا منزلة أهل الحرف والصنائع في المكايسة
والمشاحة وهذا غرض حسن ومذهب جميل ان كان فاعل ذلك يقنع بما أعطى على عمله
بعدا كماله ولم يصدر منه من المشاحة حينئذ ما هو أقبح حالا مما لو ابتدأ المشارطة وهذا النوع
لا يسمى اجارة حقيقة لان ما يعاوض به مجهول عند الكاتب لان عطاء الناس مختلف
بحسب أقدارهم ومبلغ مروآتهم وليس ذلك من الكاتب على سبيل الهبة المطلقة لانه لم يرد
الا المعاوضة على عمله وأن يثاب على ذلك فعمله محمول على طلب الثواب من المكتوب له
بحسب ما اداه مروأته اليه على طريق المكارمة لا على طريق المكايسة والمشاحة وذلك أصل
هبة الثواب فاذا ثبت هذا فان أعطاه المكتوب له أجرة المثل أو أكثر لزم قبوله ذلك وان
أعطاه أقل فالكاتب مخير بين القبول أو استرجاع ما عمل كما يكون ذلك في هبة الثواب الا ان
يكون قد تعلق بذلك حق للمكتوب له لا يمكن معه استرجاع الكتاب لكونه تضمن شهادة

الاقرار للوارث قال بعض المتأخرين والاقرار للوارث اما ان يكون في الصحة أو في المرض فان كان ذلك في الصحة ففي ذلك قولان
أحدهما انه نافذ يأخذه من تركته في الموت ويحاص به الغرماء في التفليس وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية والثاني
انه لا يحاص به الغرماء في الفلس ولا يأخذه من التركة في الموت وهو قول المدنيين للتهمة عندهم قال ابن
رشد ولا يحاص به الغرماء على
قول ابن القاسم الا مع الديون
التي استدانها بعد الاقرار وأما
القديمة قبل الاقرار فلا فان
ثبت ميله اليه فيلزم المقر له
اليمين على صحة ترتب ذلك قبله
واختار ابن رشد ابطال الدين
مراعاة لقول المدنيين وان
كان الاقرار في المرض فان
كان له ولد جاز اقراره لغير
الولد لانه لا يتهم في ذلك فان
لم يكن له ولد فلا يجوز اقراره
بحال وكذلك ان كان له
أولاد فاقر للذين ينحرف عنهم
دون من يميل اليه منهم جاز
اقراره بخلاف العكس
والصديق الملاطف كالوارث
كان هو المقر أو المقر له ويجري
القول في ذلك على ما ذكره
القاضي أبو الوليد بن رشد في
بيانه ان الاقرار في المرض اما
ان يكون بين الزوجين أو غير
الزوجين فأما الزوجان فان
الرجل اذا أقر لامرأته لا يخلو
من ثلاثة أحوال ان يعلم منه
الميل اليها أو يعلم بغضه لها وشنآن
أو يجهل الحال فان علم الميل
فلا يجوز اقراره الا ان يجيزه
الورثة وان علم الشنآن فاقراره
لها جائز وان جهل الحال فان
ورث بكلالة فلا يجوز اقراره
وان ورث بولد فان كان واحدا
ذكرا فاقراره جائز صغيرا كان أو كبيرا منها أو من غيرها وان كانوا أكثر من واحد وفيهم ذكر فاقراره أيضا جائز الا ان يكون
بعضهم صغيرا وبعضهم كبيرا منها أو من غيرها فاقراره باطل وان كان الولد اناثا يرثنه مع العصبة فسواء كن صغارا أو كبارا
أستخرج ذلك على قولين فان كان الولد عاقا أو بعضهم عاقا وبعضهم بارا ففي بطلان الاقرار قولان واقرار المرأة للرجل أيضا

كان [illegible] فى جميع ما تقدم (واما) اقرار غير الزوجين فاما ان يكون لوارث او [illegible] غير وارث أو صديق ملاطف
[illegible] أجنبي فان كان لوارث فان كان المقر له بمنزلة من لم يقر له فى القرب أو اقرب منه فلا اختلاف فى أن هذا لا يجوز اذا لم يكن له
وجه أو سبب يدل على صدقه وان لم يكن قاطعا الا ان يكون المقر له عاقا ففى جوازه قولان وان كان المقر له ابعد
من الذى لم يقر له فالاقرار جائز بلا اختلاف واختلف ان كان من لم يقر له بعضهم أقرب اليه وبعضهم بمنزلته أو بعضهم أقرب اليه وبعضهم أبعد منه على قولين وأما اذا أقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف فالمشهور من المذهب ان اقراره جائز ان كان يورث بولد ولا يجوز ان يورث بكلالة أو بولد والقولان فى المدونة وقد قيل ان كان يورث بولد جاز اقراره من رأس المال وان كان بكلالة جاز من الثلث (واما) ان كان الاقرار لاجنبى فلا اختلاف فى ان اقراره جائز فان طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللقطة بعد التعريف قال وكذلك ان أقر بقبض حق الحكم فى ذلك حكم الاقرار بالدين فى جميع ما تقدم (وسئل) ابن رشد فى رجل أقر لامرأته بدين وهى حامل (فقال) اذا عرف منه اليها ميل وانقطاع فلا يجوز اقراره لها فى مرضه الذى توفى منه الا ان يورث بولد فان صغيرا لابنه الصغير فى حق ثابت أو باع منه بثمن قبضه وكانت محاباة أو غبنا بطل باتفاق * وقال فى العتبية سئل مالك فيمن ولى ابنه حائطا اشتراه بثمن يسير وثمنه اليوم كثير فقال ذلك لا يجوز الا ان يحوزه له الاب وقال عيسى بن دينار وسئل ابن القاسم فى الذى يبيع كانت من ولده الصغير الارض بعشرة دنانير وهى تساوى مائة فقال ان كانت بيد الاب حتى مات فأراها موروثة ولا أرى للولد الا العشرة (وسئل) الفقهاء بقرطبة فى رجل باع من أم ولده أو زوجته نصف دار له فى صحته وشهد بالبيع وقبض الثمن ثم توفى

الشهود أو ثبت فيه حق فيكون ذلك فوتا ويجبر كل واحد منهما على أجرة المثل كما يفعل فى هبة الثواب قال ابن المناصف وعلى مثل هذا يجرى الامر عندى فى كل من تبرع من الاجراء والصناع بعمله من غير موافقة عليه باجرة معلومة فيعمل محمل هبة الثواب والا بطل وفسد انتهى. وما قاله ابن المناصف من استرجاع الكتاب ليس على اطلاقه فانه اذا كان الكاتب واحدا قد قصرت الكتابة عليه فالمكتوب له لا يجد من الكاتب عوضا فينبغى ان يجرى الامر بينهما على ما حكاه فى فوت الكتاب بثبوت حق فيه والله أعلم

(فصل فى النعوت) واذا احتاج الكاتب الى ذكر نعوت المشهود عليه أو له فينبغى ان يذكر من صفاته أشهرها كالصمم والعمى والعرج والبياض أعنى البرص وآثار الجدرى والنمش فيقول فى وجهه آثار جدرى أو نمش وان كان فيه خال ذكرته وذكرت موضعه وتذكر قطع الانامل أو عضو مما هو مشهور ظاهر فى الوجه أو الجسد وتذكر مع ذلك اسمه ونسبه وصناعته وقبيلته وتحليه حلية جيدة لا تخل بالمقصود منها فاذا كان المنعوت غليظ الشفتين فهو أفوه والمرأة فوهاء وان كان الفم غائرا فهو أفقم والمرأة فقماء وان كان الانف طويلا مع نتوء فى وسطه فهو أقنى والمرأة قنواء وان كان طرفه عريضا فهو افطس والمرأة فطساء وان كان قائما منتصبا معتدلا فهو أشم والمرأة شماء وان كان قصيرا بين الشمم والفطس فهو اخنس والمرأة خنساء ويقال فى قصيرة الانف خلفاء واذا كان الخد مستطيلا فهو أسيل الخد والمرأة أسيلة الخد واذا كان العنق طويلا فهو اغيد والمرأة غيداء واذا كان العنق قصيرا فهو أوقص والمرأة وقصاء واذا كان فى العينين غور فهو غائر العينين والمرأة غائرة العينين * واذا برزتا فهو جاحظ العينين وهى جاحظة العينين واذا كان موضع الكحل أسود قلت كحلاء والرجل أكحل العينين واذا كانت خضرة عينيه غير مستحكمة فهو أشهل والمرأة شهلاء واذا كانت مستحكمة فهى زرقاء واذا كانت اشفار العين كاملة منضمة فهى دعجاء واذا كانت فى المقلة اشارة الى الانتقال فهى حوراء وان دخل بعض المقلة فى المؤق مما يلى الانف فالعين حولاء واذا كان بياض العين أكثر من السواد فهى برجاء وتسمى حوراء أيضا والنجلاء العين الواسعة والدعجاء التى سواد عينها أكثر من بياضها والوطفاء المغمضة العينين والسحراء المحمرة سواد الحدقين والدوساء الضيقة العينين والاقلح والقلحاء من كان فى اسنانه صفرة وتقول واسع الجبهة أو اصلب الجبهة اذا كانت منبسطة بها غضون وتقول فى شعر الرأس اغم اذا نبت على الجبهة وانزع اذا كانت له نزعتان فى جانبى رأسه من مقدمه واصلع اذا انحسر شعر مقدم رأسه وأقرع اذا لم يكن فى رأسه شعر والمرأة قرعاء وتقول فى الحاجبين مقرون اذا التقيا وابلج اذا انفصلا وتقول فى الاسنان افصم للمكسورة نصفها عرضا واثرم اذا سقطت السن كلها وان كان بين الاسنان فرجة قلت مفلج الاسنان وان كان فيها رقة وتحدد قلت اشنب الاسنان والانثى شنباء واليه أشار ذو الرمة بقوله وفى انيابها شنب وان

القسام اخوه واثبت عقد الابن آنها لم يزل ساكنا بالدار الى ان مات وبعد او ة الاخ له وانه كان يقول لا أورثه شيأ (فاجاب) ابن
عتاب اذا ثبت سكناه بها فذلك مبطل للعقد ولا حق لها فى الثمن اذ ليس من الاقرار للوارث وانما قصد هبة الدار لسقط الحيازة
وبهذا قال من تقدم من شيوخنا وعليه قال أصبغ وابن رشد (واجاب) ابن الحاج ماعقد من ذلك غير جائز

كانت الاسنان بارزة قلت بارز الاسنان وان كانت استانه العليا قد خلت والسفلى قد برزت
قلت افقم الاسنان والانثى فقماء الأسنان واذا كان الشعر غير متعد ولا متكسير فهو
سبط الشعر والانثى سبطة الشعر واذا كان فيه جعودة قلت جعد الشعر والانثى جعدة
الشعر ولا يقال اجعد ولا جعداء واذا كان يشوبه شئ من حمرة سمى الشعر أصهب واذا كان
فيه حمرة الى صفرة قلت فى الرجل اشقر الشعر والانثى شقراء الشعر وان كان فى الوجنتين
نتو قلت فى الرجل ناتئ الوجنتين وفى المرأة وجناء وان كان فى الاذن صغر قيل صمعاء
وان كانت مقطوعة قيل مصلم الاذنين والانثى مصلمة الاذنين وان كان الصدر قد نتأ
وبرز فهو أزور والمرأة زوراء وان كان فى الصدر غور وفى الصلب انحناء قلت فى الذكر احنى
وفى الانثى بها حنأ وحنو
(فصل) والبداءة بذكر السن أولى فان كان فى المنعوت شيب قلت فى الذكر أشمط وفى
الانثى شمطاء ويقال فيه أيضا كهل ويقال شيخ لمن غلبه البياض وان كان المنعوت صغيرا
قلت فيه رضيع أو فطيم أو صبي والانثى صبية واذا كانت الجارية يتبعها صغير أو صغيرة
قلت متبعا بصبي صغير أو بصبية صغيرة لا يأخذهما نعت لصغرهما وان كان الصبي قدر
أربعة أشبار قلت رباعي القد وان كان قدر خمسة اشبار قلت خماسي القد وان كان قدر
ستة أشبار قلت سداسي القد وان كان قد قارب البلوغ قلت مراهق فى سنه وان كان
ملتحيا قلت ملتح وان كانت لحيته عريضة طويلة قلت مسبل وان لم تكن طويلة قلت كث
اللحية وان كان فى عارضيه خفة قلت خفيف العارضين وان لم يكن فى عارضيه شئ قلت
كوسج وان لم يطلع فى وجهه لحية أصلا قلت فيه اطلس
(فصل) وأما اللون فقال فى المعالى الرتبة فى احكام الحسبة تقول فى ذلك اسمر
أو أبيض أو أحمر أو اسود وفى الوثائق المجموعة وان كان أبيض قلت فيه أحمر ولا تقل
أبيض لان البياض هو البرص واستدل على ذلك بقوله فى الحديث عن أويس القرنى
أنه كان به بياض أى برص فدعا الله فاذهبه عنه الا قدر الدرهم قال والعامة تجعل الاحمر
دون الاسود وفوق الاصفر وهو وهم يدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعائشة
يا حميراء وقوله عليه الصلاة والسلام بعثت الى الاحمر والاسود واطال فى الاستدلال
على ذلك وفيما قاله فى البياض نظر لقول العباس يمدح النبي صلى الله عليه وسلم
وأبيض يستسقى الغمام بوجهه * ثمال اليتامى عصمة للأرامل
وقال زهير أبيض فياض وقال بعضهم انه يجوز ان يقال فى الاحمر أبيض وفى الابيض أحمر
ويقال فى بياض الابيض من غير بنى آدم أبيض ناصع وفى تأكيد الاحمر أحمر قانى
وفى تأكيد الاسود من بنى آدم ومن غير بنى آدم اسود حالك وحانك باللام والنون وتؤكد
صفرة الاصفر بان تقول أصفر فاقع (تنبيه) وفى الوثائق المجموعة قال بعضهم ان الصفراء
السوداء وانكر ذلك على قائله وعدت منه وهلة لان قوله عز وجل صفراء فاقع لونها يدل

ولا نافذ وماثبت من السكنى
مبطل له ومع ذلك فان عقد
البيع لم يتضمن معاينة القبض
للثمن وذلك مما يستراب فيه
ويظن به القصد الى التوليج
أو الخدعة وبذلك جاءت
الرواية عن ابن القاسم سئل
مالك عمن أشهد فى صحته انى قد
بعت منزلى هذا من امرأتى
أو ابنى أو وارثى بمال عظيم ولم
ير أحد من الشهود الثمن ولم
يزل بيد البائع الى ان مات
فقال لا يجوز هذا وليس بيعا
وانما هو توليج وخدعة
ووصية لوارث وهذا نص فى
النازلة وكذلك اذا ثبت انه
كان تواهبا بالشهادة فتبطل
باتفاق * وكيفية ثبوت
التوليج ان يقول الشهود
توسطت العقد واتفقا جميعا
على ان ماعقداه من البيع
والتصيير سمعة لا حقيقة لها
أو يقولوا أقر بذلك المشترى
لنا بعد البيع فان أرسل
الشهود الشهادة وقالوا نعرف
انه كان تواهبا ولم يقولوا شيأ
من الوجهين المذكورين ففى
ذلك اختلاف هل تصح هذه
الشهادة أم لا فالذى عليه
الاكثر ان تلك الشهادة
باطلة وقال ابن زرب ا شهادة
كذا تامة لان الشاهد العدل

 يحمل من ذلك ما تحمل مما لا يتبين به كذبه (ويكتب فى ذلك على الوجه المتفق عليه) عقد يعرف
شهوده فلانا وفلانا وانهم حضروا معهما حين انعقاد البيع بينهما فى كذا وانهما اتفقا على ان البيع لا حقيقة له وانه توليج ولم
يندفع فيه ثمن واتصل ذلك فى علمهم حتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * أو يعرف شهوده فلانا المشترى المذكور

على وهم من قال ذلك اذلا يجوزان يقال اسود فاقع وانما يجوز ذلك فى الابل فيجوزان يقال فى الاصفرانه الاسود من جهة ان سوادهما مشوب بشئ من صفرة وتقول امرأة خدلاء فى المائلة الشدق ولطعاء فى مبيضة الشفتين وهومن نعوت السودان ولعساء حمراء الشفتين والرجل ألعس والمى رقتهما تقول رجل ألمى وامرأة لمياء والمشكا التى لا تحبس بولها والصهباء التى لا تحيض والمفضاة التى صار مسلكاها شيأ واحدا أعنى مسلك البول ومسلك الذكر والزعراء التى لا شعر لها فى سوأتها والقرناء العظيمة السرة التى تمنع بها الواطئ من اصابتها قاله فى الوثائق المجموعة ونقله من وثائق ابن الهندى والقرن عند الفقهاء ان يكون فى المحل عظم شبيه بقرن الشاة وعند أهل اللغة هو العفلة الصغيرة قاله الاصمعى * واختصم الى شريح فى جارية بها قرن فقال أقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب من ابن عبد السلام * والرتقاء التى لها لحمة تمنع الوطء منها قال ابن عبد السلام هى التى لا يستطاع جماعها الارتتاق ذلك الموضع منها وهو من الرتق الذى هو ضد الفتق قال الله تعالى أولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما قيل وهو فى المرأة على نوعين أحدهما ان يكون محل الجماع مستدا باللحم وهذا يمكن علاجه والثانى ان يكون مستدا بعظم ولا يمكن علاجه والعفلاء هى التى اصابها العفل والعفلة بتحريك الفاء فيهما وهى شئ يخرج من قبل النساء ومن حيا الناقة شبيه بالادرة التى للرجال ويقال امرأة عفلاء ذكره أهل اللغة وتبعهم الفقهاء والبخر نتن الفم والاصك هو الضيق العرقوبين والفحج اتساع العرقوبين حتى يكاد ان يخرج ذلك عن القدر المعتاد والطويل القامة يقال فيه شاط القامة وشاطة القامة وان شئت قلت عشنق وان كان ضد ذلك فهو قصير القامة وان كان بين ذلك قلت حسن القد وان كان دون ذلك قلت مربوع القامة وربعة القامة وان شئت قلت فى المرأة مربوعة القامة وربعة القامة والاكوع من اعتوجت يداه من قبل الكوعين الى خارج اليدين فتقول فيه اكوع اليدين والانثى كوعاء اليدين والكوعان هما أصل اليدين فى أول الزندين والزندان عظما الذراعين وان كان فى اصابع يديه تقبض قلت مقفع اليدين والانثى مقفعة اليدين وان كان فى عقدتى ابهامى قدميه نتوّ فى جانب القدمين من داخل القدمين مع ميل فى الابهامين الى الاصابع التى بينهما من غير تراكب قلت فى الرجل افدع وفى الانثى فدعاء واذا كان ابهاما قدميه قد أقبلت كل واحد منهما على صاحبتها قلت أحنف الرجلين والانثى حنفاء واذا كان وسط أسفل قدميه لا يلصق بالارض أو كان فى وسط حاشيتى قدميه من داخلهما تقبيب قلت أخمص القدمين والانثى خمصاء القدمين وان كان أسفل القدمين معتدلا لاصقا بالارض قلت أزج القدمين والانثى زجاء القدمين

(الفصل الثامن) فيما ينبغى للقاضى ان يتنبه له فى اداء الشهادات وفيما يحترز به من الاشهاد به على نفسه فى التسجيلات وغيرها * وأداء الشهادة على نوعين الاول عبارة باللسان

...ببيع التوليج أو المحاباة ان المشترى حاز المبيع فى صحة البائع على وجه الحيازة فهل يصح ذلك أو يجرى مجرى الهبات أو يبطل ذلك لانه لم يخرج مخرج الهبة فى ذلك قولان فان لم يثبت فى ذلك محاباة ولا انه كان توليجا فهو جائز باتفاق سواء كان فى الصحة أو فى المرض الا انه فى المرض لابد من معاينة الشهود للثمن فى الشراء والا اختل البيع * وفى مسائل ابن الحاج من ذلك مسئلة وهى رجل توفى فورثه زوجته وابناه من غيرها وباع فى مرضه خادما من زوجته فاعترض وصى الابنين المبيع وقال انه توليج وليس بشراء ولم يتضمن عقد المبيع معاينة الشهود لقبض الثمن * فافتى ابن عتاب بابطال البيع وان ترجع الخادم ميراثا وبمثله أفتى ابن الحاج وافتى ابن رشد واصبغ بن محمد بنفوذ البيع وخلوصه للزوجة فاشار القاضى ابن حمدين باصلاح الامر بأن تكون الخادم نصفها للزوجة ونصفها ميراثا قال وهو عندى الاختيار فان ثبت ميل البائع الى المشترى (فيكتب فى ذلك مانصه) عقد يعرف شهوده فلانا ويعرفونه مائلا الى ابنه فلان وجانحا اليه ومفضلا له ومنحرفا عن سائر بنيه ومباعدا لهم لا يعلمونه رجع عن ذلك الى ان مات وحتى الآن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فاذا ثبت هذا فيلزم المشترى اليمين انه اشترى شراء صحيحا ودفع الثمن حسبما ذكر فى عقده وسواء كان ذلك فى الصحة أو فى المرض ويلزمه اليمين ان ثبت هذا العقد فان حلف ثبت البيع ولم يبطل الا ان يثبت فيه توليج أو محاباة على ما تقدم وبيع المريض وشراؤه جائز ما لم يحاب فيكون ذلك فى ثلثه لغير الوارث الا ان يجيز ذلك الورثة فتكون هبة مفتقرة للحيازة والمرض المعتبر هو الذى يخاف منه الموت فان

باللسان يصرح بها الشاهد عند الحكم فيتلقى الحاكم منه الشهادة بحسب لفظه الثاني رفع شهادات قد ارتسمت في كتاب والشاهد ميت أو غائب وفي كلا النوعين أمور ينبغي التنبه لها * أما النوع الاول فنذكر منه مسائل متنوعة في أبواب متفرقة * وأما النوع الثاني فاحكامه مذكورة في الباب الرابع والثلاثين في القضاء بالشهادة على الخط

(فصل) وينبغي للقاضي اذا شهد الشاهد عنده ولم يكن القاضي يعرفه ان يكتب اسمه ونسبه ومسكنه والمسجد الذي يصلي فيه ويكتب حليته وصفته قاله ابن حبيب قال ابن المواز عن سحنون وان عرف بالكنية كتب كنيته وكل ما يعرف به من صنعة وغيرها وهل يسكن في ملك نفسه أو ملك غيره قالوا لئلا يسمى غير العدل بغير اسمه وينسب الى غير نسبه ليزكى عليه قالوا ويكتب الشهر الذي شهد فيه والسنة ويجعل صحيفة الشهادة في دواوينه لئلا تسقط للمشهود له شهادته فيزيد فيها الشاهد أو ينقص

(فصل في الشهادة في المعاملات) وفي معين الحكام قال محمد بن حارث اذا لم يبين الشهود وجه الحق الذي شهدوا فيه ولا فسروه فليس ذلك بشئ حتى يبينوا أصل الشهادة وكيف كانت ويقولون اسلفه بحضرتنا أو أقر عندنا المطلوب انه اسلفه وان كان الدين من بيع فسروا ذلك وقالوا باع منه كذا وكذا بحضرتنا أو باقراره عندنا لان الشهادة مصدقة للدعوى (مسئلة) وفي أحكام ابن سهل قال محمد بن عبد الحكم في كتابه اذا شهد شاهدان أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولا وأقر بذلك عندنا ولا نحو ذلك وانما اطلقا الشهادة هكذا لم أر شهادتهما تحق شيئا لانهما كحاكين حتى يقولا اسلفه أو اقر عندنا بذلك أو مما يبينان به ما شهدا فيه وقد نجد من الناس من يحلل بيع النبيذ المسكر ويوجب له ثمنا وغير ذلك (تنبيه) وفي مفيد الحكام قال بعض المتأخرين ظاهر هذا انه اذا اقر عندهما بالدين مجملا ولم يذكر المقر وجهه وشهدا به أنه يؤخذ بذلك وظاهر ما قاله ابن حارث في هذه المسئلة خلاف هذا حتى يشهدا باقراره بالسلف أو المعاملة (مسئلة) ولو قالا نشهد أن له عنده مائة دينار من ثمن سلعة اشتراها منه فقال ابن عبد الحكم لا يقبل ذلك منهما ولا يلزمه الثمن حتى يقولا وقبض السلعة (مسئلة) قال ابن عبد الحكم واذا شهد شاهدان انه خاط لفلان ثوبا بدرهم لم يجب للخياط شئ حتى يقولا انه رد الثوب مخيطا وجميع الصناع بهذه المنزلة (مسئلة) اذا ثبت الذي له الدين أن المدعى عليه ملئ ولم يعين الشهود ماله فشهادتهم ليست بشئ في قول بعضهم وقال بعضهم الشهادة عاملة ويسجن حتى يؤدي وقاله القاضي ابن زرب قال بعض الموثقين وبه القضاء وفي رواية ابي زيد اذا شهد قوم للغريم بالعدم وشهد آخرون ان المدعى عليه ملئ ولم يعينوا شيئا أن الشهادتين تهاترتا ولا يقضى بواحدة منهما (مسئلة) اذا شهد الشهود ان هذا العبد مأذون له في التجارة لم تتم الشهادة بذلك ولا تتم الشهادة حتى يبينوا ان سيده أذن له في ذلك أو يقولوا انهم حضروا للتجارة في موضع كذا بحضرة سيده وعلمه ولم ينكر فهذا أو شبهه أصل في علم الشهادة

كان من العلل المزمنة مثل الجذام والجدر والقعد ونحو ذلك من العلل فافعالها كلها أفعال الصحيح جائزة باتفاق ومراعاة فعل المريض في المحاباة يوم الفعل لا يوم الحكم ذكر ذلك ابن يونس وابن مغيث وفي الواضحة ما ظاهره خلاف ذلك * وبيع الأعمى وشراؤه جائز عند مالك اذا عرف الصفة التي تشترى باللمس والصفة وغير ذلك وقيل لا يجوز له الشراء الا ان يكون قد عرف ذلك قبل حدوث الآفات عليه فاما من خلق أعمى فلا يجوز له بيع ولا شراء وكذلك بيع الاصم والابكم وشراؤه وافعاله كلها جائزة اذا فهم وقطع الشهود بمعرفة ذلك ورضاه بالاشارة (ويكتب في ذلك ما نصه) وشهد على فلان وعلى الفهم من فلان بالاشارة بما ذكر عنه اذ هو أبكم وفي كذا فان كان أصم أبكم أعمى لم تجز مبايعته ولا معاملته ولا نكاحه ولا شئ من أفعاله باتفاق

(فصل) ويجوز بيع الدار الغائبة أو الملك على صفة غير البائع أو على رؤية متقدمة لا تتغير فيها (ويكتب في ذلك) عقد اشترى فلان من فلان جميع الدار أو الملك بكذا حدوده كذا بثمن كذا أو تبني على ما تقدم ثم تقول وبعد ان رآه المبتاع رؤية متقدمة على هذا لا تتغير في مثلها أو بعد ان رأى ذلك له من وثق بدينه ومعرفته ووصفه له وصفا قام عنده مقام العيان واحاط به علما وبصرا فرضيه والتزمه شهد به عليهما في كذا (بيان) وهذا البيع على الوجهين المذكورين اذا لم يشترط النظر له معه لازم كغيره من البيوع والنقد فيه بشرط جائز على المشهور والضمان فيه من المبتاع على ذلك مالك وأصحابه فان تنازعا في انه على الصفة التي رآها فالقول قول البائع فان وقع البيع على صفة البائع أو على ان ينظر اليه بعد جاز فان وافق الصفة لزم والا فلا ولا يجوز النقد في هذا بالشرط والضمان فيه من البائع وقيل من المشتري (ويكتب في ذلك) عقد اشترى فلان

(مسئلة) ومن مختصر الواضحة قال فضل بن سلمة حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الرجل يشهد على الرجل بحق لرجل وانه حميل به فقال ان كان المشهود عليه مليا جازت شهادته وان كان عديما فشهادته ساقطة ويغرم ما أقربه من الحمالة (مسئلة) وسئل عبد الملك عن رجل اشترى عبدا ثم ادعى انه وجد به عيبا وقال بعتنى هذا وبه عيب ولم تعلمنى وقال البائع ما بعتك الا صحيحا والعيب الذى تدعى به مثله يحدث فأتى المشترى بشاهد فشهد انه قد كان اشترى هذا العبد من هذا البائع فوجد به هذا العيب فرده عليه هل تكون هذه شهادة ولا يتهم فيها الشاهد حين قال ابتعته منه ورددته عليه بهذا العيب قال لا أرى له شهادة وأراه ظنينا ولا أرى ان تقبل شهادته لانه كان يريد ان يحقق ما كان قام به عليه ويزعم انه قام بحق وادعى حقا وذلك لا يعلم الا بقوله فلا أرى له شهادة (مسئلة) اذا شهد شاهدان أن رجلا باع لرجل سلعة بمائة دينار لم يقض بذلك عليه لأنه ليس فى شهادتهما ما يوجب انه قبض السلعة وقال ابن القاسم فى الدمياطية اذا كان البيع بالنقد فعلى البائع اقامة البينة أنه دفع السلعة الا ان يتطاول ذلك ويأتى من الزمان ما يعرف به كذب المشترى فيحلف البائع ويبرأ وأما ما يتأخر القبض فيه ويشتغل الناس بحوائجهم الايام والجمعة وما اشبه ذلك فعلى البائع البينة انه دفعه الا أن يتطاول ذلك حتى يأتى من الامد ما يعرف به كذب المشترى فلا يصدق (مسئلة) قال ابن عتاب الشهادة بالابتياع لا توجب الملك ولكن توجب اليد وقاله ابن القطان وابن مالك ولو قال شهود الابتياع انه قبضه واسلفه ممن كان حين العقد بيده لكان ذلك بدا وكذلك فى المدونة فى كتاب السرقة منها فيمن ابتاع سلعة من رجل ففلس المبتاع قيل لابن القاسم أيسع الشهود ان يشهدوا انه متاع البائع قال يشهدون ان هذه السلعة بعينها اشتراها هذا المفلس من هذا الرجل ولا يشهدوا الا بما عاينوا وعلموا زاد ابن أبى زيد فيها وانها كانت بيد بائعها

(فصل) فى الشهادات فى الاستحقاق وما شاكله (مسئلة) واذا شهد الشاهدان لرجل بسلعة انها له فمن تمام شهادتهما ان يقولا بعد الشهادة له بها ولا نعلم انه باع ولا وهب ولا تصدق حتى يتمناه يذكرا باق العبد مثلا ان كان المشهود به عبدا أو سرقة ان كانت دابة أو غيرها من السلع ويحلف المستحق انه ما باع ولا وهب ولا خرج عن يده بوجه ويأخذه قال ابن سهل زاد فى كتاب العارية من المدونة وقال فان لم يشهدوا انهم لا يعلمونه باع ولا وهب حلف أنه ما باع ولا وهب وقضى له به قال فانظر كيف امضى هنا شهادتهم ولم يقولوا لا نعلمه باع ولا هب ولا قال يعاذون فيستفسرون ان كانوا حضورا وفى شهادات المقرب لابن ابى زمنين ان هذه الشهادة اذا سقط منها ذلك لم تقبل الا اذا لم يوجد سبيل الى سؤالهم وان حضروا فسئلوا فأبوا ان يقولوا ذلك فشهادتهم باطلة (تنبيه) وكون شهادتهم فى هذه المسئلة على العلم هو مذهب المدونة وقال بعض اصحاب مالك ان شهادتهم لا تكون الا على البت يعنى انه شيئه لم يبعه ولم يفوته ولا يشهدون على العلم (مسئلة) ومن ادعى على رجل

[illegible] فى السنة فى ذلك وانها ان وافقت هذه الصفة فهى لازمة له وتؤدى له الثمن اذ ذاك والافهى غير لازمة له ويشهد عليهما بذلك فى كذا * ومن شروط بيع الغائب أن لا يكون بعيدا جدا كافريقية من خراسان ولا قريبا تمكن رؤيته بلا مشقة على الاشهر فان كان بمشقة جاز.

(فصل) وبيع الخيار جائز. وحده فى الاصول الشهر وقيل شهران وفى الرقيق الجمعة ونحوها وفى غيرهما ثلاثة أيام فان وقع الى غير أجل ضرب له نحو ذلك ولا يجوز النقد فيه بشرط وهل يفسد البيع بذلك أم لا فى ذلك قولان والضمان فيه على البائع والغلة له اذ الخراج بالضمان ولا خيار فى البيع الا بالاشتراط وعلى ذلك كافة الفقهاء وقال ابن حبيب الخيار للمتبايعين فى المجلس ما أقاما فيه للحديث. فان اشترى على مشورة فلان أو على رضاه أو على خياره فله الاستبداد وقيل لا ويجوز على خيار المتبايعين أو خيار أحدهما (ويكتب فى ذلك) عقد اشترى فلان من فلان جميع الكذا اشتراء صحيحا عرفاه على انهما بالخيار مدة كذا أو على ان البائع منهما أو المشترى بالخيار مدة كذا بثمن كذا قبضه البائع بطوع المشترى بتعجيله من غير شرط كان بينهما فى ذلك وأبرأه منه وخلص للمشترى تملك ذلك وحل فيه محل ذى الملك فى ملكه على السنة فى بيع الخيار وقد رآه وقلبه وعلم بعيوبه كلها وشهد عليهما بذلك فى كذا فان انقضى أجل الخيار ثبت البيع وكذلك ان اختار الامضاء فى أثناء الاجل (ويكتب فى ذلك) عقد أشهد المتبايعان فلان وفلان على انفسهما انهما

دابة

أمضيا البيع المنعقد بينهما في كذا على الخيار في ذلك وهما مواسقطا شرط الخيار فيه أو ما شرطه البائع أو المبتاع من الخيار الاسقاط الكلي وأنفذ البيع على حسبه وأحضر المبتاع الثمن ودفعه الى البائع فقبضه وأبرأه منه ونزل في المبيع وأبرأه من درك الانزال وشهد بذلك عليهما في كذا وان اختار الفسخ (فيكتب في ذلك) عقد اشهد المتبايعان فلان وفلان على انفسهما انهما حلا البيع المسمى في كذا أو حله فلان منهما عما وجب له من ذلك اذ كان قد اشترط الخيار فيه الحل الكلي وبقي المبيع بذلك ملكا للبائع وبرئت به ذمة المشتري من الثمن ولم يبق بسبب ذلك تبعة وشهد عليهما بذلك في كذا

(فصل) والبيع بشرط الثنيا غير جائز فان وقع فسخ ما لم يفت فيصحح القيمة والغلة فيه للمبتاع قال ابن رشد اختلف فيه اذا وقع فقيل هو بيع فاسد لانه بيع وسلف فيفسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد وتكون الغلة للمبتاع بالضمان وهو قول ابن القاسم وقيل انما هو سلف جر نفعا قاله سحنون في المدونة وهو قول ابن الماجشون وغيره فعلى هذا القول تكون الغلة للبائع ولا تكون للمبتاع لانه ثمن السلف فهي عليه حرام وقال ابن عبد الغفور في الاستغناء قد قيل ان بيع الثنيا فاسد ومردود أبدا فات أو لم يفت لانه حرام محرم وهو باب من أبواب الربا ترد به البياعات والصدقات والاحباس فان وقع الى أجل كان فيه الكراء لانه كالرهن وان وقع الى غير أجل فلا كراء فيه والذي عليه أكثر العلماء وهو قول مالك وابن القاسم انه لا كراء فيه كان الى أجل أو الى غير أجل لانه بيع فاسد عندهم وبذلك العمل وفي وثائق ابن مغيث اختلف في بيع الثنيا فقال الشيخ أبو الحسن القابسي حكمه قبل انقضاء أجل الثنيا محمول على حكم البيوع الصحيحة والغلة فيه للبائع لانه بمنزلة الرهن وهو بعد

دابة أو عبدا فانكر الآخر أن يكون ذلك عنده فأتى الطالب بالبينة ان المطلوب أقر أن بيده دابة أو عبدا بصفة كذا وكذا الصفة التي ادعى الطالب فقال سحنون ان شهدوا ان دابة فلان أو عبد فلان عند فلان فقد تمت الشهادة وان قالوا ان في يديه الصفة التي يدعي فليس هذا بشئ (تنبيه) لم يذكر ان المدعى عليه يحلف على نفي ما ادعى به عليه والظاهر ان اليمين تلزمه (مسئلة) ومن اقام بينة في عبد قد مات في يد رجل انه عبده فليس له على الذي مات في يده ضمان حتى تقول البينة انه غصبه اياه (مسئلة) وفي المدونة ومن اقام شاهدا واحدا أن هذا الرجل عبده حلف مع شاهده وكان بذلك عبده قاله في الشهادات وفي منتخب الاحكام لابن ابي زمنين قال سحنون ان كان معروفا بالحرية لم يجز ذلك فيه

(فصل) في الشهادات في الوراثة (مسئلة) قال ابن العطار لا تجوز شهادة الشهود في الملك الذي توفي عنه مالكه حتى يقولوا انهم لا يعلمون المشهود له به فوت شيأ منه الى آخر ابقاعهم لشهادتهم وان شئت قلت في العقد بعد التحديد وحازوها بالوقوف عليها ولم تخرج عن ملك المتوفى ولا فوتها بوجه من وجوه التفويت في علمهم الى ان توفي وأورثه ورثته وان لم يقل الشهود هذا لم يتم انتقال الملك للورثة ولا تصح الشهادة لهم بوراثة الملك الا بذلك ولو شهدوا على البت كانت غموسا زورا لا تجوز عند مالك وقال ابن الماجشون الشهادة على العلم في هذا ساقطة لا تجوز حتى تقطع الشهود في الشهادة قال والبت يرجع الى العلم وبالاول القضاء (فرع) وان قال شهود الورثة انهم لا يعلمون واحدا منهم فوت شيأ مما نقلته الوراثة المذكورة اليه بوجه من الوجوه الى حين شهادتهم فانه اتم وان سقط هذا من العقد تمت الشهادة دونه (فرع) واذا مات من ورثة الميت الاول واحد ولم يقل الشهود انه لم يفوت ما نقلته الوراثة اليه من ذلك في علم الشهود الى ان توفي وأورثه ورثته لم تعمل الشهادة لورثة الميت الثاني شيأ على ما تقدم من القول في الورثة الاولين (فرع) ومثل هذا شهادتهم في عدة الورثة لا بد ان يزيدوا الا نعلم له وارثا غيرهم ولا يشهدون في هذا الا على البت قاله بعض أصحاب مالك وفي المدونة انهم يشهدون على العلم (فرع) ولو مات رجل بافريقية ووارثه بمصر فقال الشهود لا نعلم لفلان بارض مصر وارثا الا فلانا فلا تجوز شهادتهم حتى يقولوا الا نعلم له وارثا غيره في شئ من الارض وقال اشهب عن مالك تقول البينة ليس له وارث غيره لا يقبل حتى يقولوا الا نعلم له وارثا غيره قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون ادركنا الحكام ببلدنا وما علمنا فيه اختلافا أن وجه الشهادة على عدة الورثة ان يقولوا الا نعلم له وارثا الا فلانا ولا يقولون على البت ثم حدثت الشهادة على البت بعد ذلك (مسئلة) فان قال الشهود هذا وارث مع ورثة آخرين سموهم أعطى هذا نصيبه وترك الباقي بيد المدعى عليه حتى يأتي مستحقه لان الغائب قد يقر للمدعى عليه بما في يده فان قالوا الا نعرف عدد الورثة لم يقض لهذا الوارث بشئ لعدم تعيينهم ولا ينظر الى تسمية المدعى للورثة ويبقى المدعى فيه بيد المدعى عليه حتى يثبت عدد الورثة ببينة (مسئلة) ولو شهدوا

الاصول وغيرها بتغير الذات وفوت الغرض المقصود كالبناء والهدم والغرس ونحو ذلك وبالخروج عن اليد بالبيع
الصحيح وتعلق حق الغير كالرهن والاجارة وأما بحوالة الاسواق فهي فوت في الحيوان والعروض ما عدا الاصول
فعلى ذلك مالك وأصحابه وقال
أشهب وأصبغ الاصول
وغيره سواء في ذلك وحوالة
الأسواق فيها فوت فان وقع
البيع الآن صحيحا وطاع
بالثنيا بعد ذلك جاز (ويكتب
في ذلك) عقد اشهد فلان على
نفسه أنه طاع لفلان بعد تمام
البيع بينهما في كذا وانعقاد
صفقته على الصحة انه متى جاءه
بالثمن الذي دفعه اليه فيه الى
الى انقضاء أجل كذا أو متى
أتاه بالثمن من غير أجل فهو
مقال في صفقته والمبيع
مردود اليه حسبما كان قبل
البيع طوعا عرف قدره
وألزم نفسه حكمه وشهد عليه
بذلك في كذا ويجوز هذا
الطوع الى أجل والى غير
أجل فان كان الى أجل فلا
يجوز للمبتاع فيه تفويت ببيع
أو هبة أو غيرهما فان فعل
ذلك فسخ ان جاءه بالثمن في
اثناء الاجل أو ما قرب منه
وصرف البيع عليه والقرب
في ذلك اليوم ونحوه وان تم
الاجل ولم يأت بالثمن سقط
حكم الثنيا وان كان الى غير
أجل فمتى جاءه البائع بالثمن
لزمه رده اليه بقرب التبايع
أو على بعد منه وللمبتاع التصرف
فيه بالبيع وغيره ولا كلام في
ذلك للبائع الا ان يحضر له الثمن حين ارادته للتفويت فيمنع المبتاع من التفويت ويلزمه صرفه عليه وكتب هذا بينة
الطوع في عقد مفرد عن عقد التبايع أحسن فان ادعى أحدهما ان ذلك كان شرطا في نفس البيع والآخر أنه كان طوعا ففي
وثائق ابن العطار ان القول قول مدعى الطوع مع يمينه وقيل اليمين عليه مع البينة التي قامت له بالطوع وقال سحنون ان

لرجل ان هذه الدار التي بيد فلان دار جده لم يقض له حتى يقولوا ان أباه ورثها من جده
ولا نعلم له وارثا غيره وان هذا ورث أباه لا نعلم له وارثا غيره أو معه من الورثة كذا وكذا
(تنبيه) ولا يلزم الشهود ان يعرفوا عين البنات بل يكفي ذكر عددهم لان البنات
محمولات على الحجاب (تنبيه) قال ابن هشام في مفيد الحكام وعلى هذا يجب اذا شهد
الشهود ان فلانا مات وأحاط بميراثه زوجته فلانة وبنوه فلان وفلانة وفلانة وقالوا انما
نعرف عين الزوجة والابن ولا نعرف أعيان البنتين ان الشهادة جائزة وان قالوا نعرف
أعيان الابن والبنتين ولا نعرف عين الزوجة لم تجز الشهادة لان البنات محمولات على
الحجاب ولذلك يعذر الشهود في تلك الشهادة والزوجات لسن بمحمولات على الحجاب
فلذلك لا تجوز شهادة من يجهل عين الزوجة قال ابن هشام وانظر اذا مات الزوج وقامت
المرأة تطلب ميراثها منه وانكرها ورثته ولم تقف البينة على تعيينها أو انكر الزوج النكاح
ولم يعين الشهود المرأة فظاهر قول مالك رضي الله تعالى عنه ان ذلك سواء وانه لا يفتقر
في ذلك الى تعيين النساء وان المواريث واجبة بكل حال حكاه ابن مزين من رواية عيسى
عن ابن القاسم وقد نزلت بقرطبة فحكم فيها بهذا انتهى فتلخص من هذا ان الزوجة
حكمها حكم البنات لا يلزم الشهود ان يعرفوا عينها في استحقاق الميراث (فرع) قال ابن
هشام وفي نكاح العتبية من رواية ابن وزان عن ابن القاسم وقد نزلت بقرطبة فحكم في
الرجل يزوج ابنته البكر ولا ولد له غيرها فيموت الاب فتزعم البنت انها ليست بنته وانها
كانت يتيمة عنده ولا بينة للزوج انها هي بعينها الا بالسماع من الاب ان له بنتا بكرا وقد
فشا ذلك في الناس ولا يثبتها الشهود بعينها ان النكاح لها لازم وميراثها واجب وخالف
في ذلك سحنون وقال القول قولها (فرع) ومن منتقى الاحكام قال أصبغ في السامعين
من المنكحة وان لم يعرفاها هذا أمر لا يجد الناس منه بدا ومن الناس من لا يرى وليته
حتى تبلغ النكاح فلا حرج على السامعين في ذلك لانه موضع ضرورة وأما في الحقوق من
البيوع والوكالات والهبات وغير ذلك والشهود لا يعرفونها فليس كذلك ولا أرى ان يشهد
عليها في مثل هذا الا من يعرفها بعينها واسمها ويؤخذ من قول أصبغ انه لا يحتاج في ثبوت
عدة الورثة الى تعيين الورثة اذا كانوا نساء يعني معرفتهم بالعين انظر مفيد الحكام
(مسئلة) قال ابن هشام وقع في كتاب الايمان بالطلاق في رسم حمل صبيا قال في رجل مات
عن امرأته بريد وهي عنده فجاء شهود عدول كانوا غائبين فشهدوا انه قد طلقها منذ سنين
انها ترثه ولو ماتت هي لم يرثها الا انه لو كان حيا لم يرجم لانا لا ندري ما كان يدرأ به عن نفسه
(مسئلة) وفي مفيد الحكام اذا ثبت الموت والوراثة لرجل وشهد له شهود عدول انه وارث
هذا الميت لا يعلمون له وارثا غيره فيحلف على العلم وانما وجبت عليه اليمين لان الشهود انما
شهدوا له على العلم هكذا في سماع اشهب قال ابن رشد وليس العمل على ان يحلف (مسئلة)
وسئل أبو ابراهيم اسحق بن ابراهيم التجيبي عن الدين يكون للميت على رجل فيقوم للورثة

ان منهما بمثل هذا فعليه اليمين والافلا يمين عليه وفى كتاب الاستغناء قال المشاور من ادعى منهما ان ذلك كان شرطا فى نفس الصفقة حلف وفسخ البيع كما قد جرى فى عرف الناس وبذلك كانت الفتيا عندنا ﴿فصل﴾ والاقالة جائزة فى الاصول وغيرها وهى بيع من البيوع كانت بالثمن الاول أو باقل أو با كثر وقال سحنون ان كانت بالثمن الاول فهى نقض بيع وليست بيعا (ويكتب فى ذلك عقد) أقال فلان فلانا فى جميع الدار والاملاك التى ابتاعها منه بموضع كذا اقالة تامة بمثل الثمن الذى وقع به التبايع وهو كذا أو بكذا وكذا دفعها اليه وأبرأه منها وخلص له تملك المبيع وحل فيه محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك ورجع بذلك الى ملكه على حالته قبل البيع أو قد حدث فيه كذا فرضيه والتزمه وشهد عليهما بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ فان ألفى فى المبيع عيبا حادثا بعد بيعه فله الرجوع به وان كان قديما قبل البيع ولم يعلم به واحد منهما فلا قيام له به الا ان تكون الاقالة بزيادة فله الرجوع بالزيادة بعد ان يحلف انه لم يعلم العيب وفى كتاب الاستغناء قال ابن عيشون من أقال رجلا فى بيع أو ابتياع فوجد شيئه قد زاد أو نقص أو مات وهو لا يعلم لم تلزمه الاقالة الا فى الطعام وكل ما يوجد مثله فيلزمه قال المشاور ولا تجوز الاقالة بشئ قد دخلته صنعة كالخياطة فى الثوب والدباغ فى الجلد ونحو ذلك ويفسخ الا ان يقول المقيل اقيلك على ان تعطى فى خياطتى أو دباغى أو صنعتى كذا وكذا فرضى بذلك والا فلا (وسئل ابن رشد) فى رجل يبيع سلعته فى السوق من تاجر فاذا قبض ثمنها قال أريد ان تبيعها منى الى أجل واقدم لك من ثمنها شيأ ولم يقدم ﴿فقال﴾ ان كان اشتراها النية حدثت له فى شرائها بعد ان باعها وانتقد الثمن وهو لا يريد ابتياعها جاز ذلك والا لم يجز * وكذلك سئل فى رجل باع داره بمائة نقدا فلما قبض الثمن قال للمشترى

بينة باثباته ان يكون على الشهود ان يقولوا فى شهادتهم وانه مات وترك هذا الدين ميراثا لورثته مثل العقار أو تجزيهم شهادتهم باثبات الدين فقال اما الشهداء فى دين الميت فان نكره الغريم فعليهم ان يزيدوا فى شهادتهم عليه انهم لا يعلمون المتوفى قبض منه شيأ الى حين شهادتهم وكذلك المشهود عليه بالدين اذا كان هو الميت فيلزمهم مثل ذلك من مجموع الفتاوى

﴿فصل﴾ فى مسائل فى الاقضية والشهادات ﴿مسئلة﴾ واذا رفع الى القاضى عقد كتب على رجل غائب وشهد فيه الشهود الذين أشهدهم الغائب فلا يسمع الحاكم شهادة الشهود حتى ينصوا معانى الشهادة من حفظهم ولا يكتفى فى اثبات العقد بقول الشاهد هذا خطى وهذه شهادتى أشهد بها عندك لان الموثقين جرت لهم عوائد فى كتابة العقود فربما كان فى ألفاظهم ما لو سمعه الغائب لم يوافق على ذكره فى العقد وقد تقدم ذلك فى التنبيهات المتعلقة بالتسجيل ﴿مسئلة﴾ واذا شهد عند القاضى شهود عدول بما يعلم هو خلافه فلا يحل له ان يسمع منهم ولا يقضى بشهادتهم ويدفع الخصمين عن نفسه ويكون شاهدا عند من يقضى كان اليه ذكره ابن العطار قال ابن الفخار وهذا لا يستقيم على مذهب أصحاب مالك الا ابن كنانة وحده وقال ابن المواز فى كتابه اذا شهد العدول عند القاضى بشئ يعلم القاضى ان الذى شهدوا به باطل فلا يجوز له رد شهادتهم وينفذ شهادتهم بعد الانتظار اليسير واستحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهادتهم فلعله ينكشف لهم بقوله ما وراء ذلك فان لم يكن فليحكم بشهادتهم وأرى ان يعلم الذى حكم عليه ان له عنده شهادة ولا ينبغى له ان يبطل الشهادة ولا يردها ولا أن يمضى منها ما ليس بباطل ويرد ما هو باطل وقال ابن الماجشون ولا ينبغى للقاضى ان يمضى باطلا يعلمه ولا يبطل الشهادة ولكن يرفعها الى غيره ويشهد القاضى بما يعلمه فى ذلك ﴿فرع﴾ وكذلك لو شهد عنده من ليس بعدل والقاضى يعلم انه شهد بحق فلا يحل له ان يجيز الشهادة ولا يحكم بها ﴿مسئلة﴾ ومما ينبغى تنبيه الشاهد فيه اذا شهد بما لا يعتقد جوازه ففى مختصر الواضحة فيمن عنده شهادة على شئ لا يعتقد جوازه قال ابن عبدوس سألت سحنون عن الرجل تكون عنده الشهادة وهى مما لا تجوز عنده والقاضى ممن يرى اجازتها أترى على الشاهد ان يؤديها الى القاضى فقال كيف هذه الشهادة قلت مثل ان يشهد على صداق معجل فى نكاح ومعه مؤجل لم يضرب له أجل فقال ما أرى ان يشهد فان جهل الشاهد وشهد فينبغى أن ينبه على انه لا ينبغى له ان يشهد فى ذلك ﴿مسئلة﴾ اذا شهد عند القاضى عدلان ثم أشهدهما على حكمه بشهادتهما فروى يحيى عن ابن القاسم ان لغيره امضاء شهادتهما فى ذلك الحكم وقيل لا يمضيه لانهما اشهدا على تنفيذ شهادتهما والاول أصح لضعف التهمة ﴿مسئلة﴾ وسئل مالك رضى الله تعالى عنه عن فريقين اختصموا فقضى على أحد الفريقين فخرج المقضى عليهم يحدثون الناس علانية انه قضى عليهم ثم احتيج الى قضاء ذلك القاضى فلم يوجد

عند أحد علم بذلك الا الذين سمعوا من المقضي عليهم أنهم كانوا يقولون عندهم قد قضى علينا فسئلوا الشهادة بذلك فقالوا انا لا نشهد بانه قضى عليهم قال ارى ان يشهدوا بذلك على وجه يقولون سمعناهم يذكرون ذلك ولا ندري أكان ذلك ام لا قال مالك ولربما قال المرء قد قضي علي وما قضي عليه واني لارى هذه الشهادة ضعيفة ﴿مسئلة﴾ قال ابن حبيب قال لي مطرف في الرجلين يشهدان عند القاضي انهما كانا شهدا عند قاض قبله على رجل بحق واشهدهما انه قد قضى بشهادتهما فان كانا من أهل العدل فشهادتهما جائزة ويبتدئ هذا القاضي الحكم بهما كانهما ابتدآ وضعها عنده وليس على وجه انه قد حكم بها فيكون حكما قد فرغ منه ولا أرى ما ذكرا في شهادتهما من قضية القاضي الاول تفسد شهادتهما وقاله ابن القاسم وقال ابن الماجشون لا تجوز شهادتهما في ذلك على كل حال لا على أصل الشهادة ولا على الحكم بها لانها اذا سقطت في الحكم بها اتهما فيها كلها وقاله ابن نافع واصبغ وبه نقول قال عبد الملك ولو كانا لم يجمعا الامرين وشهدا على حكم الحاكم فقط أو على أصل الشهادة وسكتا عن حكم الحاكم جازت ﴿مسئلة﴾ وكذلك الشهداء يشهدون عند قاض على حق من الحقوق ثم يكتب بذلك الى قاض غيره فلم يجد شهودا يشهدهم على كتابه اليه الا أولئك الشهود الذين شهدوا على أصل الحكم فذلك الكتاب لا تثبت بشهادتهم ولا تجوز فيه شهادتهم بعد لا على أصل الشهادة ولا على ثبوت الكتاب الا أن يعيدوا الشهادة عند هذا الحاكم على أحد الامرين اما على أصل الحق فقط واما على ثبوت الكتاب وهكذا سمعت اصبغ يقول في هذا بعينه ﴿مسئلة﴾ قال سحنون اجمع اصحابنا على ان من شهد بشهادة عند القاضي فردها التهمة أو لجرحة ثم شهد بها بعد ذلك عند القاضي بعد ان زالت التهمة وزالت الجرحة مثل ان يكون شهد لزوجته ثم طلقها أو زكى وحسنت حاله فان تلك الشهادة لا تقبل منه لان حاكما ردها وكذلك كل شهادة ردها حاكم لا تقبل بعد ذلك ﴿مسئلة﴾ وفي الواضحة أيضا قال ابن حبيب قال ابن الماجشون واصبغ والمرأة يقع لها مورث في بلد فتريد ان توكل على ذلك وكيلا غائبا عن البلد يقوم لها في ذلك المورث فيشهد لها شهود عند القاضي الذي معها في البلد انها وكلت ذلك الغائب ولم تحضر المرأة ولا وكيلها على القيام بتوكيل الغائب فلا نرى للقاضي ان يكتب لها بذلك الى قاضي البلد الذي فيه المورث لان شهادتهم لا تجوزه كذا لانهم صاروا شهودا وموكلين فيما شهدوا فيه وبالقيام به كانهم شهدوا لانفسهم في بعض شهادتهم فلا يجوز ذلك حتى تقوم المرأة بذلك عند القاضي ويشهد الشهود على توكيلها الغائب أو تقيم أحدا يقوم لها بذلك عند القاضي ولا بأس ان يشهد لها أولئك الشهود انها وكلت هذا بالقيام لها بتوكيل الغائب فان كان الشهود انما يؤدون شهادتهم عند القاضي فقط ولا يتقاضونه بتنفيذ ذلك ولا يسألونه الكتاب لها به ثم يكون القاضي يصنع في ذلك ما رأى ويرسل اليها أن توكل من يقوم لك عندي بما شهد لك به الشهود وما أشبه هذا فيجوز ذلك وقاله ابن القاسم وبه

في بيان... [illegible] ...ل عن ثمنه هذا اذا كان الى أجل أقرب منه ولا بأكثر من ثمنه الى أبعد منه وهي جائزة بمثل الثمن على كل حال واذا قال البائع للمشتري احبس دابتك وانا اهبك دينارا جاز لانها وضيعة من حقه واذا شرط المشتري على البائع في الاقالة انه ان باع المبيع من غيره بعد الاقالة فهو له بالثمن الاول فذلك جائز عند ابن القاسم وقد نص ابن فتحون في وثائقه في ذلك عقدا قال واذا باعه من غيره نقض البيع وكانت للمقيل بالثمن الاول الا ان يبيعها بعد طول من الزمان ترتفع فيه عنه التهمة واذا ادعى أحد المتبايعين على الآخر الاقالة ولم تقع بينة فهل يجب اليمين على المنكر أم لا في ذلك قولان قال ابن رشد هي من دعوى المعروف وقد كان بعض الشيوخ يقول ان ما وقع من ذلك في الامهات ليس باختلاف من القول وان المعنى في ذلك ان الشيء المدعى فيه ان كان بيد المدعي أو كانت له به تشبث وجبت له اليمين وان لم يكن له تشبث لم تجب اليمين قال وهو تفصيل حسن وله وجه من النظر وهو مراعاة الخلاف في وجوب الحكم بها وكان ابن عتاب وابن القطان يقولان لا تجب اليمين لمدعي الاقالة الا ان يأتي بشبهة تقوى بها دعواه والوجه عدم لحاق اليمين فيها الان الناس يبدو باطلهم في ذلك اذا طلبوا بالثمن ويجعلونه بابا من ابواب اللدد فان كان يدعي ذلك ممن يظن به طلب الباطل كاف السبهة وان كان ممن يظن انه محق في دعواه لتنزهه عن الباطل فاليمين في ذلك لاحقة ومن لم يراع الخلطة ابتداء فاليمين هنا أقوى للمعاملة المتقدمة فقول

﴿وفي﴾ مسائل ابن الحاج لا تجوز الاقالة في الطعام على رد ما قبض منه بعد ان غيب عليه ولا فيما قبض منه دون ما بقي ولا فيما

نقول وقد سمعت مطرفا يستخف جواز شهادتهم فى ذلك على كل حال ﴿مسئلة﴾ اذا اشتملت الشهادة على ما فيه تهمة وما لا تهمة فيه ردت كلها على المشهور وقال اصبغ فيمن اعتق عبدين ثم شهد العبدان أن المعتق غصبهما من فلان وغصب معهما مائة دينار فان شهادتهما جائزة فى المائة خاصة لانهما يتهمان على ارقاق انفسهما ومثل ذلك شهادة المسلوبين على المحاربين قال ابن القاسم تقبل فى قطع الطريق دون ما ادعوه لا نفسهم من المال الا أن يقل جدا فتجوز فيما لا تهمة فيه وفى مفيد الحكام تجوز شهادة المسلوب لغيره وقيل تجوز له ولغيره فيما قل وقيل تجوز فى القليل والكثير قاله مطرف وابن حبيب ﴿مسئلة﴾ وفى مفيد الحكام قال ابن حبيب من أنكر شهادته ثم شهد فلا يضره مثل ان يلقاه المشهود عليه يسأله فيقول له الشاهد ما أشهد عليك بشئ ولا عندى عليك شهادة فانه يشهد ولا يضره قوله وان كانت عليه بينة ﴿مسئلة﴾ وكذلك لو شهد عليه فلقيه فقال له ما شهدت به عليك فانا فيه مبطل فلا يضره هذا القول وان كانت عليه بينة الا أن يرجع عن شهادته رجوعا بينا يقف عليه ولا ينكره ولو قال مثل هذا عند الحاكم أو عند ما طلب منه ان ينقل شهادته وهو مريض فذلك ابطال لها وقال اشهب ومطرف مثل ذلك وبه قال ابن الماجشون واصبغ وأما ان قال عند الحاكم ما أذكر امر كذا أو ما عندى شهادة ثم رجع بعد ذلك وتذكر فان كان مبرزا قبل منه قبل الحكم وأما بعده فلا الا ما زعم انه نسيه كمن شهد بثلاثين دينارا ثم ذكر بعد ذلك انها أربعون فيقبل ذلك منه ﴿مسئلة﴾ وفى مفيد الحكام من منتقى الاحكام قال ابن حبيب عن ابن القاسم ومن سمعته يقول أشهدان لفلان على فلان مائة دينار ولم يشهدك فاشهد بما سمعت ان كنت سمعته يؤديها عند الحاكم ليحكم بها والا فلا حتى يشهدك اذ لعله لو علم أنك تنقلها عنه لزاد أو نقص ما ينقضها وانما تشهد بما سمعت من قذف وعتق وطلاق بخلاف الحقوق لانه كلام مستقصى أعنى الطلاق والعتق والقذف ﴿مسئلة﴾ قال مطرف لا تشهد بقول القاضى ثبت عندى لفلان كذا حتى يشهدك والا فليست بشهادة قال اصبغ ولا بما سمعت الشاهد يؤدى عنده حتى يشهدك على ذلك نصا أو يشهدك القاضى على قبول شهادته ووافق مطرف ابن القاسم فى هذا ﴿مسئلة﴾ لا يلزم القاضى اذا شهد عنده عدول ببيع أو شراء ان يسألهم عن صفة البيع حتى يعرف هل هو صحيح أو فاسد بل يكتفى من شهادتهم ان هذا باع من هذا داره بيعا صحيحا وان كان البيع يتنوع الى صحة وفساد ﴿مسئلة﴾ اذا شهد الشاهد فكذبه المشهود له فى بعض ما شهد له به فقال ابن كنانة فى ذلك الذى نعرف من فتيا من أدركناه من الشيوخ ان المشهود له يلزمه ما شهد به شاهده له وعليه اذا كان لا يصل الى حقه الا بشهادته و يقال للمشهود له ان قلت صدق الشاهد فيلزمك ما شهد به وان قلت كذب فى البعض فقد جرحته بالكذب فلا تعطى بشهادته شيأ ﴿تنبيه﴾ وفى الوثائق المجموعة فى رسم تقييد عداوة ليكون عدة قال وروى فى الرجل يكون عدوا للرجل فيشهد

يبقى دون ما قبض تقابضا فى ذلك كله اولم يتقابضا وبه قال ابن رشد وقال أيضا اذا تقايلا فى الطعام بعد نقله فعلى من يكون رده الى منزل البائع فالاشبه ان يكون على البائع لان المبتاع قد نقله حين البيع فينقله البائع حين الاقالة وذلك يجرى على الاختلاف فى الاقالة هل هى بيع أو نقض بيع وفى جواز الاقالة فى الملك الموظف قولان أحدهما انه لا يجوز لانه شرط فى نفس الصفقة وان تبرأ به بعد الاقالة بعلم البائع به بخلاف الشراء والثانى ان ذلك جائز وبه العمل وعليه عامة الفقهاء والمشاورين وقد اختار بعضهم ان يعقد فى ذلك على القول بعدم الجواز ان البيع انفسخ بينهما اذا كان أصله مفسوخا باشتراط الوظيف وذلك عقد باطنه خلاف ظاهره

﴿بيع الاب والوصى والوكيل وشراؤهم وبيع الحاضنة وبيع الفضولى ومن بيع عليه ماله وهو ساكت وبيع المضغوط والمغبن فى البيع﴾

وبيع الاب جائز على بنيه الذين فى حجره صغارا كانوا أو كبارا (ويكتب فى ذلك) عقد اشترى فلان من فلان البائع على ابنه الصغير فى حجره فلان أو الكبير الذى فى حجره بتجديد الحجر عليه فى وقت وجب له ذلك جميع الدار أو الملك بكذا وتبنى على ما تقدم وللاب البيع على ابنه الذى فى حجره لحاجة أو غيرها اذا أراد النظر له وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه وللابن القيام فى ذلك اذا ثبت سوء النظر له والغبن البين عليه فى البيع فان كان الغبن مما لا ينفك عنه المبيعات فلا قيام فيه وله أيضا ان يهب مال ابنه هبة ثواب بخلاف الوصى وان يشتريه لنفسه ولا اعتراض عليه فى شئ من ذلك عقارا كان الملك أو سواه الا ان يثبت سوء النظر والغبن الفاحش كما ذكر وفى كتاب الاستغناء اذا أراد الرجل التنقل من وطنه وأراد بيع مال ابنه الصغير وانتقاله مع

له وعليه بشهادة فان كانت شهادته له وعليه في مجلس واحد سقطتا لانه يتهم ان يكون اراد تجويز شهادته عليه بشهادته له وان كانتا في وقتين مفترقين جازت له ولم تجز عليه ﴿مسئلة﴾ واذا شهد شهود على شهادة قوم لا يعرفونهم فشهادتهم مردودة وان كان المشهود على شهادتهم عدولا ﴿مسئلة﴾ اذا اشتملت الشهادة على ما تجيزه السنة وعلى ما لا تجيزه فالمشهور اجازة ما اجازته ورد ما لم تجزه وقيل ترد كلها كشهادة النساء في الوصية اذا كان عتق وابضاع النساء وكذلك الشاهد الواحد في وصية فيها عتق ووصية لمعين فيحلف مع شاهده ويستحق ويرد العتق على المشهور وقيل ترد كلها

﴿فصل في الشهادة في الغيبة﴾ وفي أحكام ابن سهل اذا شهد الشهود في الغيبة أنه غاب منذ حين ففي أحكام ابن زياد من كلام المفتين نظرنا وفقك الله تعالى في شهادة من شهد في غيبة فلان أنه غاب منذ حين لا يدرون أين هو فهذا يكون كالمفقود قاله ابن ابابة وعبد الله بن يحيى وايوب بن سليمان وابن وليد وغيرهم قال ابن سهل هذا كلام غير مستبين لان الحين قد يكون ساعة أو شهرا أو سنين فحصره بامد أبين واقوم للشهادة ووقع في مسائل الايمان ان الحين سنة ووقع في مسائل الطلاق السنتين والثلاث وقال بعضهم هو ستة اشهر واستدل على وجوه بعض الاقوال بادلة من القرآن الكريم فانظره ثم قال كيف تصح الشهادة دون بيان الامد وذكر العدد لما في هذا من النزاع فهذا مما لا تسمع فيه شهادة

﴿فصل﴾ في الشهادة في الحرية ﴿مسئلة﴾ وفي الطرر لابن عات لو شهد الشهود في الحرية على العلم لم تجز الشهادة ولم توجب حكما ولا تكون الشهادة في ذلك الا على البت قال ابن عات في آخر مسائل العتق وانظر لو شهدا انها تتصرف تصرف الحرائر ولم يشهدا انها حرة ففي الاول من احكام ابن سهل أن بين الشيوخ فيها اختلافا فقال ابن عتاب الشهادة بذلك عاملة والحرية ماضية وقال ابن القطان الشهادة ناقصة غير تامة وقال ابن مالك مثل قول ابن القطان قال والاتبق يتصرف تصرف الاحرار ﴿فصل في الشهادة في الولاء﴾ وفي المقنع لابن بطال واذا شهدت البينة ان هذا مولى جد هذا ولم يجدوا الموارث فلا يحتاج ههنا الى أن الجد مات وورثه ابنه وان الاب مات وورثه هذا ولكن لا بد ان يشهدوا أنهم لا يعلمون للجد ولدا ذكرا غير أبيه وان اقام بينة انه أقعد الناس بجده اليوم وقد مات له مولى وترك مالا فلا تنفعه الشهادة حتى يقولوا انه أقعد الناس يوم مات المولى وكثير من هذا المعنى في المقنع ﴿فصل في الشهادة في الغصب﴾ واذا شهدت بينة على الغصب لم تعمل شهادتهم شيأ الا ان يعينوا الملك المغصوب أو ناحية من الارض يكون ذلك فيها من وثائق ابن القاسم الجزيري في عقود الاستحقاق

﴿فصل﴾ في الشهادات في القذف والزنا واللواط ﴿مسئلة﴾ واذا شهدت البينة ان فلانا افترى على فلان أو شتمه أو آذاه أو سفهه فلا يجوز ذلك حتى يكشفوا عن حقيقة ذلك اذ قد

نفسه جاز ذلك عليه وكذلك له أن يبيع مال ابنه الصغير لينفق منه على نفسه اذا احتاج الى ذلك (ويكتب في ابتياع الاب مال ابنه بنفسه ما نصه) باع فلان على ابنه الصغير في حجره فلان واشترى لنفسه جميع الملك بكذا بثمن كذا برسم الحلول عليه واللزوم لذمته وماله الى ان يبرأ منه بالواجب وخلص له تملك ما ذكر وحل فيه محل ذي الملك الصحيح في ملكه وعلى السنة والمرجع بالدرك وشهد عليه بذلك في كذا وان ضمنت ان الثمن ثمن مثله بغير غبن والا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن فيكون له نقض البيع فان باع ملك ابنه ولم يذكر انه باع على ابنه فالبيع ماض على الابن وان لم يذكر ذلك في الوثيقة لانه المتولي لامره والناظر له وكذلك الكراء اذا قال أكتريت ولم يقل على ابني

﴿فصل﴾ ويكتب في بيع الوصي على محجوره عقد اشترى فلان من فلان البائع على محجوره فلان الذي الى نظره بعهد الاب جميع الملك بكذا حدوده كذا بثمن كذا وتبني على ما تقدم ثم تقول قبل الاشهاد وكان امضاء الوصي البيع بعد التسويف والاشارة في مظان الزيادة ولم يلف زائد على ما ذكر وليضع الثمن في نفقة المحجور ومؤنته اذ هو بحال حاجة وفاقة وليس له من أين ينفق عليه الا من ثمن ما ذكر ثم تقول بعد التاريخ ممن يعرف الايصاء باشهاد الموصي به ولا يعلم فيه نسخا وفي التاريخ ﴿بيان﴾ لا يجوز بيع الوصي على اليتيم ماله الا على وجه النظر له ولوجه من الوجوه المبيحة للبيع وهي الحاجة والفاقة أو خراب الدار ولا يكون له ما يصلح أو الغبطة في الثمن أو العوض عنه ما هو انفع له أو لعيب الشركة فيعوضه ملكا لا شركة فيه أو يعوضه ملكا خراجه عن ملك موظف ونحو ذلك مما هو نظر لليتيم ومصلحة له وما خالف ذلك مما فيه سوء نظر فلا يجوز ويفسخ ان وقع وفعله

محمول على السداد حتى يثبت خلافه وفي كتاب الاستغناء اذا باع الوصي عقار اليتيم مضى بيعه وجاز ما لم يكن غبنا في الثمن لا يتغابن الناس بمثله وان لم يكن شيء من الوجوه المذكورة وهو قول شيوخ الشورى قد عاوبه العمل وقال غيره هذا بخلاف ما تدل عليه أقوالهم وفي أحكام ابن زياد اذا أقيم فيما باعه الوصي

يظنوا صحة ما قالوه وهو على خلاف ما ظنوا وقاله اصبغ قال اصبغ الا ان تفوت البينة ولا يقدر على اعادتهم فليعاقب المشهود عليه على أحق ما يلزم في ذلك ﴿مسئلة﴾ وكذلك الشهادة على الزنا واللواط فيسألهم الحاكم ويستفسرهم كما يسألهم في السرقة الا ان يكون الشاهد مبرزا عالما بوجوه الشهادة ولا يسألهم عما أكلوا في ذلك المجلس ولا عن لباسهم ونحو ذلك لان ذلك من التعنيت ﴿مسئلة﴾ ومن المجموعة قال ابن القاسم واشهب وعبد الملك واذا سأل الحاكم الشهود عن صفة الزنا فأبوا ولم يزيدوا على ان يشهدوا عليه بالزنا فلترد شهادتهم وليحدوا وقال ابن القاسم لا يحد المشهود عليه الا بعد كشف الشهادة حتى يدل تفسيرهم انه الزنا ويقولوا مثل المرود في المكحلة فان استراب القاضي من غير عدل سأله عن غير هذا مما يرجو فيه بيانا من اختلاف شهادته

﴿فصل في الشهادة في السرقة﴾ واذا شهد الشهود في السرقة فلا تقبل شهادتهم مجملة ولا بد ان يسأل الحاكم الشاهدين عن السرقة ما هي وكيف اخذها ومن اين أخرجها والى أين اخرجها فان غابا قبل ان يسألهما الحاكم لم يقطع السارق لاحتمال ان يكون ذلك دون النصاب أو من غير حرز فان قالا انه مما يجب فيه القطع وغابا قبل ان يسألهما لم يقطع الا ان يكونا من أهل العلم ومذهبهما مذهب الحاكم

﴿فصل من نوع ما تقدم﴾ وفي وثائق الغرناطي لا تقبل الشهادة مجملة في ترشيد أو تسفيه أو ملك أو غبن أو تجريح أو تعديل أو توليج الا من أهل العلم وأما من غيرهم فلا تقبل الشهادة الا مفسرة وكذا في الكفر لاختلاف الناس في الالفاظ التي يكفر بها ﴿نوع منه﴾ واذا قال الشهود نشهد على فلانة بنت فلان البكر المعنس بكذا فانه يحتاج ان تكون الشهود بذلك من أهل العلم بحد التعنيس لانه ليس كل الشهداء يعرفون ذلك

﴿فصل في الشهادة على الترشيد﴾ وفي أحكام ابن سهل قال وفي كتاب ابن المواز لا تجوز شهادة رجلين فقط في ترشيد السفيه حتى يكون ذلك فاشيا قاله اصبغ وتجوز في فشو ذلك شهادة النساء وقد اختلف في شهادتهن فيه وفي الاحكام لابن حبيب سمعت اصبغ يقول لا أرى ان يخرج المولى عليه من ولاية ولا ان يجوز للبكر تصرف في مالها وان عنست الا بشهادة عدلين ان نظرهما في أموالهما حسن ويكون ذلك مع شهادتهما فاشيا غالبا فان لم يكن كذلك فلا أرى ان تدفع اليهما أموالهما بشهادتهما وفي تفسير ابن مزين قال عيسى في قول مالك ليس للبكر جواز في مالها حتى تدخل بيتها ويعرف الرشد من حالها وهو ان يشهد العدول من أهل الاختبار انها صحيحة العقل حسنة النظر في مالها مصلحة له حابسته على نفسها ولا يكون هذا بشهيدين حتى يشهد لها ملأ الناس ويعرف ذلك منها ويشتهر فاذا كان ذلك جاز أمرها وان كانت حديثة السن ولا ينظر بها سنة بعد البناء ولا أحب للقاضي ان يدفع اليها ولا الى المولى عليه مالهما ولا يخرجهما من ولايته من ينظر لهما حتى يشهد عنده على ما وصفناه من أمرهما جماعة من الرجال والنساء أو الرجال دون

كان على المشتري اثبات البيع وانه باع لغبطة أو فاقة وحينئذ يتم له الشراء ولا ينبغي له ان يبيع الا بعد المناداة ومن آخر زائد فان باع مساومة وأصاب البيع واستقصى الثمن جاز * وكذلك لا يجوز له ان يهب مال محجوره للثواب لانه يحكم له فيها بالقيمة ولا فائدة في ذلك للمحجور ولا يبتاع أيضا مال محجوره لنفسه واجاز ذلك مالك في اليسير فان فعل وكان سدادا ولم يلف عليه زائد نفذ وبعض الشيوخ في القاضي يقدم وصيا ثم يبتاع منه من مال المحجور انه ان استقصى الثمن وباع لحاجة أو وجه يجوز له البيع جاز وقال بعضهم لا يجوز ذلك ويفسخ البيع على كل حال لانه كانه ابتاعه لنفسه وهو الصواب فان ثبت الغبن على الذي باع على المحجور ففي ذلك اختلاف قيل ان المبتاع يوفي تمام القيمة يوم البيع ولا يرد البيع وان كان قائما لم يفت وقيل انه يعطى له بقدر الثمن على قيمته يوم البيع ويرد الباقي وقيل انه يفسخ على كل حال فان فات البيع قال ابن رشد فذلك فوت ولا يفسخ ويرجع المحجور على المبتاع بما زادت قيمته يوم البيع على الثمن الذي وقع به البيع وانما كان ذلك بخلاف البيع الفاسد الذي يغلبان على فسخه فاجرى بيع الغبن الذي لا ينقض الا باختيار أحدهما فان استنفذ الوصي الثمن في نفقات المحجور ثم استحق المبيع بما يوجب الحكم فانه لا يرجع على الوصي بشيء وانما يرجع بذلك في مال المحجور ان كان له مال فان لم يكن له مال فلا شيء على الوصي الا ان يثبت عليه انه علم

النساء ويكون أمرهما فاشيا ولا تقبل فيه شهادة النساء دون الرجال ولا يكتفى فيه برجلين حتى يكون معهما سماع فاش يعرف به حسن حالهما ورأيهما فى انفسهما واصلاحهما لما لهما وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله قال مطرف ولا يجوز فى هذا الاشهادة الاقارب والجيران ومن يرى انهم يعلمون ذلك وبه كانت تعمل قضاتنا بالمدينة وقال ابن مزين وقال لى اصبغ تجوز فيه شهادة الاباعد اذا لم يقم الاقارب وينكروا شهادة الاباعد ﴿فرع﴾ قال اصبغ وان يحجر السفيه عن اكثر من شهيدين لم اران يمنع من اخذ ماله وفى وثائق الجزيرى ان شهود الترشيد تجب فيهم الكثرة وأقلهم على قول ابن الماجشون أربعة وكذلك فى التسفيه وفى الاسترعاآت وقد تقدم ان الشهادة فى الترشيد والسفه لا تقبل مجملة ولا بد ان تكون مفسرة

﴿فصل فى الشهادة فى التعديل والتجريح﴾ وفى تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام قال ولقبول الشهادة فى التعديل ثلاثة شروط أحدها فى شاهد التعديل الثانى فى المخالطة المبيحة للتعديل الثالث فى الوصف الكافى فى التعديل (فاما) شاهد التعديل فالمبرز الناقد الفطن الذى لا يخدع فى عقله ولا يخفى عليه شروط التعديل ولا تقبل التزكية من الابله والجاهل بوجوه العدالة وان كان فى نفسه عدلا مقبولا فى غير ذلك ولا يقبل تعديل من يرى تعديل كل مسلم بمجرد الاسلام (وأما) المخالطة المبيحة للتعديل فأن يتكرر اختباره له وتطول مخالطته اياه ولا يقنع فى ذلك باليسير لانه يحتاج الى معرفة ظاهره وباطنه وذلك لا يدرك الامع المطاولة فان من شأن الناس تزيين الظواهر وكتمان العيوب ومعنى معرفة باطنه ان يعلم الغالب من باطنه الذى يصح له به الحكم عليه وأما القطع على ذلك فمن الغيب ﴿مسئلة﴾ وفى المتيطية شهود التزكية بخلاف شهود الحقوق وقال مالك قد تجوز شهادة الرجل ولا يجوز تعديله الا تعديل العارف وقال سحنون لا يقبل فى التزكية الا العدل المبرز الفطن الذى لا يخدع فى عقله ولا يستزل فى رأيه وعلى هذا أكثر اصحاب مالك وبه جرى العمل وروى عنه أيضا ان شهود التزكية كشهود سائر الحقوق ﴿مسئلة﴾ وفى المقدمات الشاهد الذى ثبت عليه جرحة قدعة أو يعلمها الحاكم فيه لا تجوز الشهادة بتزكيته مطلقا وانما تقبل ممن علم بجرحته ثم شهد على توبته منها ونزعه عنها وحينئذ يزكيه ﴿فرع﴾ وكذلك المحدود والمقذوف بمنزلته لا تجوز تزكيته على الاطلاق وانما تجوز بمعرفة تزيده فى الخير ﴿تنبيه﴾ تعديل الاب ابنه أو الابن أباه لا يجوز عند واحد من اصحاب مالك وان كان المعدل مبرزا الا ابن الماجشون فانه قال اذا كان قيامه لغير التعديل ولم يقصد الا احياء الشهادة فلا بأس ان يصفه بالذى تتم به شهادته من عدالته من البيان ﴿مسئلة﴾ قال المازرى فى الشاهد الذى لم تثبت عدالته ولا جرحته يشهد فيما سوى الحد ومذهب مالك انه يجب على القاضى البحث عن حاله ولا يحمله على فسق ولا على عدالة حتى تنكشف له احدى الحالتين ﴿مسئلة﴾ لا يزكى الشاهد اذا لم يعرفه القاضى الا على عينه وليس

اليتيم أو ما اشبه ذلك فيرجع عليه حينئذ بالثمن وقال مالك ما باع الوصى من السلع وأخذ الثمن فاتلفه ان ضمن الثمن من المبتاع وترد السلعة ان وجدت أو قيمتها وما باعه المولى عليه بغير اذن وليه فالبيع موقوف على اجازته أورده فان أجازه وكان سدادا جاز وان رده وكان المحجور قد قبض الثمن فان وجده المبتاع بحاله وعرفه بعينه أخذه وان كان مما لا يعرف بعينه فانه لا يكون له الا ان تشهد البينة انها لم تفارقه من حين قبضه وان الذى وجده بيده هو ما قبضه والا فلا وان كان قد انفقه فى مصالح نفسه التى لا غنى له عنها أخذ من ماله والا خسره المبتاع ولا يكون له الرجوع به فى ماله ولا يلتفت الى اقرار المولى عليه فى شئ من ذلك قال ابن رشد ما باع اليتيم بغير اذن وصيه أو الصغير توجه السداد فى نفقته التى لا بد له منها ولوجه البيع يتحصل فيه ثلاثة أقوال أحدها ان البيع يرد ولا يتبع بشئ من الثمن وهو قول ابن القاسم فى المدونة والمبسوطة وقول ابن كنانة وهو أضعف الاقوال والثانى ان البيع يرد ان رأى ذلك الوصى ولا يبطل الثمن عن اليتيم ويؤخذ من ماله وهو قول أصبغ والثالث ان البيع يمضى ولا يرد الا ان يكون ما باع باقل من القيمة أو باع ما غيره احق بالبيع فلا يختلف فى أن البيع يرد وان لم يبطل الثمن عن اليتيم لادخاله اياه فيما لا بد له منه وأما ما باع اليتيم من ماله أو انفق ثمنه فى شهواته فلا اختلاف فى انه يرد ولا يتبع بالثمن كان الذى باع يسيرا أو كثيرا أصلا أو عرضا وهو محمول فيما باع وقبض من الثمن على انه انفقه فيما له منه بد حتى يثبت انه انفقه فيما ليس له منه بد واذا ادعى المولى عليه فى شئ باعه انه باعه قبل ان يجوز له البيع وقال المبتاع بعد ان جاز له البيع فالبينة على البائع لانه يريد فسخ بيع قد تم ولابن سحنون فى كتابه على

على القاضي أن يسأل المزكي عن تفسير العدالة اذا كان عالما بوجوهها ولا عن الجرحة اذا كان عالما بها

﴿فصل﴾ وأما عدد من يقبل في تزكية العلانية فقيل يجزئ في ذلك عدلان وهو المشهور وقيل لابد من ثلاثة وهو مروي عن ابن كنانة وعن ابن الماجشون أن أقل من يزكي الرجل أربعة شهود وقال ابن حبيب في الواضحة والتزكية تختلف فتكون بالواحد والاثنين والجماعة بقدر ما يظهر للحاكم ويتأكد عنده قال المتيطي وما كثر من الشهود فهو أحسن الا أن تكون التزكية في شاهد شهد بزنا فان مطرفا روى عن مالك أنه لا يزكيه الا أربعة وقال سحنون اختلف في ذلك قول مالك فمرة استحسن ان لا يجتزى الا بقول واحد وروى عنه انه أجازه والذي جرى به القضاء انه لا يجتزى بقول واحد مخافة ان يكون بينه وبين الشاهد عداوة قاله المتيطي وقال أيضا واستحسن اذا ثبتت العدالة باثنين أن يزيد في البحث والكشف فلا يزيده ذلك الا خيرا ﴿فرع﴾ ولا يكتفي القاضي بتعديل العلانية دون تعديل السر وله أن يكتفي بتعديل السر دون تعديل العلانية قال بعض الشيوخ ومعناه في الاختيار دون اللزوم على ما في المدونة وغيرها ﴿فرع﴾ ولا تقبل تزكية النساء لا في حق الرجال ولا في حق النساء قال ابن رشد لان التزكية يشترط فيها التبريز في العدالة وهي صفة تختص بالرجال قال وقد قيل انهن يزكين الرجال اذا شهدوا فيما تجوز شهادتهن فيه وهو قول ابن نافع وابن الماجشون في المبسوطة والقياس جواز تزكيتهن للنساء انظر البيان ﴿تنبيه﴾ تعديل السر يفارق تعديل العلانية من وجهين أحدهما انه لا يجوز اعذار في تعديل السر الى المشهود عليه ويعذر اليه في تعديل العلانية الثاني انه يجتزى في تعديل السر بالشاهد الواحد وان كان الاختيار اثنين بخلاف تعديل العلانية في الوجهين يعني الاعذار وعدم الاكتفاء بالواحد

﴿فصل﴾ فاذا كتب الشهود شهادتهم في عقد التزكية وشهدوا بها عند القاضي على عين المزكي فيه كتب على شهادة كل واحد منهم شهد عندي على عينه لان التعديل لا يكون الا على العين في مجلس القاضي الا ان يكون العدل مشهور العين في البلد لا يشتبه بغيره فلا بأس بتعديله غائبا ﴿تنبيه﴾ قال المازري وأما البعيد الغيبة فتسمع التزكية فيه ويقبل كما يحكم عليه اذا كان غائبا

﴿فصل في صفة شهادة التعديل﴾ والتعديل التام عند مالك وأصحابه وهو الذي جرى به العمل ان يقول هو عدل رضى قال مالك رضي الله تعالى عنه ليس عليه ان يقول لا أعلم الا خيرا ولو قال نعم العبد أو قال هو ممن يجب ان تقبل شهادته ولم يزد على ذلك كان تعديلا اذا كان المعدل من أهل العلم فان كان من غير أهل العلم لم يعتد بتعديله وليس له ان يقول هو عدل رضى في علم الله تعالى ولا ان يقول أرضاه لي وعلي ورواه اشهب وابن لبابة عن مالك وبه قال ابن القاسم وسحنون ولا له ان يقول لا أعلمه الا عدلا رضى قال سحنون ولا أن

ان القول قول السفيه ﴿فصل﴾ ويكتب في بيع الوكيل عقدا اشترى فلان من فلان الخ ثم على فلان بحكم التقديم المرتّب بيده من قبله وتبنى على ما تقدم وتقول بعد التاريخ بمحضر من يعلم التقديم باشهاد المبيع عليه به ولا يعلم فيه عزلا والوكيل على البيع وكيل على قبض الثمن وان لم ينص له على ذلك وكذلك له اتخاذ الحميل لانه من التوثق للامن وان لم يجعل له الا البيع خاصة والرهن كذلك له أخذه فان ضاع فضمانه منه الا ان يسلم به الموكل ويرضى به ولا يبيع بالنسيئة الا أن ينص له عليها وكذلك ليس له ان يبيع بالعرض ما شأنه ان يباع بالعين ولا يبرأ المشتري من الثمن الا بمعاينة الدفع ولا بد ان يقال في تضمين الوكالة ان الموكل أشهدهما بذلك قال ابن الحاج في مسائله فان بدنا في شهادتهما ان الموكل اشهدهما بها فشهادتهما باطلة ولا يعمل بها قال ابن رشد واذا باع وزعم انه وكيل ثم ظهر انه ليس بوكيل فان شاء المشتري رد المبيع في الحال فله ذلك وان شاء تمسكه حتى يرى رأيه فيه فله ذلك وان كان حيوانا فمات فهو على ذمته ولو جاء ربها قبل ردها فامضى لزمه بخلاف ما اذا باعها وهو يدعي انها له ثم جاء ربها فاستحقها وأجاز البيع فلا يلزم ذلك المشتري وله حجة في ذلك باستقال العهدة وكذلك اذا ادعى بعض الشركاء ملك الجميع فانه يرد المبيع كله بخلاف ما اذا ادعى الوكالة فانه اذا جاء الغائب فامضى البيع فهو لازم للمشتري

(ويكتب في ابتياع الوكيل لموكله) عقد اشترى فلان لموكله فلان بما بيده من قبله من فلان جميع الموضع بكذا بثمن كذا وكذا دفعه من مال موكله المذكور وقبضه منه البائع وأبرأه منه وخلص بذلك للمشتري له المذكور على السنة والمرجع بالدرك وبعد ان رآه وعلم ان من عيوبه كذا فرضيه والتزمه لموكله المذكور

يقول هو صالح وقاله ابن المواز وقال أحمد بن نصر الداودى هو تعديل ﴿فرع﴾ قال أصبغ ولا أحب ان يقول هو عدل ولكن يقول أراه عدلا قال القاضى أبو بكر كل لفظ عبر به عن عدل رضى فانه يجزئه ﴿فرع﴾ فان اقتصر على أحد الكلمتين ففى الجلاب رواية انه لا تجوز الا باجتماعهما وقال سحنون ان اقتصر على عدل أجزأه وقاله غيره واحتج بقول الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وأجاز بعض المتأخرين من العلماء الاقتصار على رضى لقوله عز وجل ممن ترضون من الشهداء وقال أبو عمر بن عبد البر فى الكافى تحصيل مذهب مالك رضى الله تعالى عنه انه لا يجتزى بأحد الوصفين عن الآخر وقد تقدم انه رواية ابن الجلاب عن مالك أيضا ان أحد الوصفين تعديل قال وهو الصواب والذى جرى به العمل والقضاء ما قدمناه ﴿تنبيه﴾ ومعنى رضى هو الذى لا يخدع ولا يلبس عليه ولا يطمع فى غفلته ولا خدعته ﴿فرع﴾ واستحسن بعضهم ان يضيف الى عدل رضى ممن تجوز شهادته ويقضى بها قال المتيطى وهى زيادة حسنة فلو اقتصر عليها دون عدل رضى فانها لا تقبل الا من العالم كما تقدم

﴿فصل﴾ منع مطرف وابن الماجشون من التزكية قبل الشهادة ومن الشهادة على الشهادة بالتعديل الا ان يشهد رجل على شهادة رجل غائب أو ميت ويزكيه مع ذلك وقال هو الذى لا نعلم خلافه من قول مالك وعليه أهل المدينة وأجاز سحنون ان يشهد رجلان عند القاضى ان فلانا وفلانا الغائبين أو الميتين اشهداهما على تعديل فلان الذى يشهد الآن فى حق وهو عنده تعديل كامل ﴿فرع﴾ قال المتيطى زاد فى العتبية قيل له فى التجريح أتجوز فيه الشهادة على الشهادة على ما وصفت لك فى العدالة فى غيبة الشهود أو مرضهم قال نعم ذلك جائز وقد ذكر ابن سحنون ان أباه رجع عن الشهادة على الشهود فى العدالة والتجريح الا فى تعديل البدوى فذلك جائز قال بعض الشيوخ وما رجع اليه سحنون هو قول ابن الماجشون فى الواضحة وهو الصواب لان التعديل لا يكون الا بعد الشهادة ولو جاز قبل الشهادة لجازت شهادة غير العدول لان الناس قد تتغير أحوالهم وانما يعدلون بعد الشهادة ﴿فرع﴾ ولا يزكى الشاهد من شهد معه ولا من نقل معه شهادة فى ذلك الحق وأجاز سحنون اذا شهدت طائفة بعد ذلك ان تزكى كل طائفة صاحبتها وهو عنده بمنزلة ما لو شهدتا فى حقين مختلفين وروى عنه ان ذلك لا يجوز ولو شهدتا فى حقين مختلفين ﴿فرع﴾ واذا زكى الشاهد رجلا فى حق ثم شهد ذلك المزكى على الشاهد مضت شهادته دون افتقار تزكية لانه قد زكاه أولا حكاه صاحب الطرر عن ابن كنانة

﴿فصل فى صفة تعديل السر﴾ وفى مختصر الواضحة وتعديل السر ان يتخذ الحاكم رجلا من أهل العدل والرضا مجمعا عليه بذلك فيوليه المسئلة عن الشهود سرا فيما بينه وبينه ولا يشهره لئلا يصير حكما مثله فيسأل ذلك الرجل عن الشاهد من يثق به من أهل مسجده وأهل محلته ولا ينبغى لذلك الرجل ان يقتصر على سؤال واحد خيفة ان يكون بينه وبين

بينهما ذلك فى كذا وهذا البيع لازم للمشترى وان ذكر فيه انه اشترى لغيره ان نازعه الموكل وعليه غرم الثمن وان لم يشترط العهدة عليه الا ان يصرح عند الشراء انه اشترى لغيره بماله وأمره وليس عليه من دفع الثمن شئ فان اشترط ذلك سقط عنه غرم الثمن واذا صرح الوثيقة على ذلك وليس للبائع ان يمتنع من ذلك وان لم يصرح حين عقد البيع فلا يلزم البائع ان يعقد ذلك فى الوثيقة وللمشترى ان يشهد بذلك بعد عقد البيع (فيكتب فى ذلك ما نصه) واشهده فلان المشترى فى كذا بان ابتياعه ما ذكر هو لفلان بن فلان بماله وأمره ويده فى تناول ذلك عارية ولا حق له معه فى ثمن ولا مثمون وحضر فلان فوافق على ذلك ورضى بالشراء على حسبه والزم نفسه حكمه وشهد عليهما بذلك فى كذا وفى الاشهاد على الموكل منفعة للوكيل لئلا ينازعه فى ذلك فلا يلزمه البيع واذا نازع الآمر وقال لم آمره بالشراء ولا بينة للمأمور فيحلف الآمر وله رد اليمين فان حلف أخذ ماله من المشترى المأمور على قول أصبغ ولا يكون له سبيل على البائع قال الا ان يصرح انه علم بذلك وصدق المشترى على قول ابن الماجشون يأخذ ماله ان شاء من البائع أو من المشترى فان أخذه من البائع رجع به على المشترى وان أخذه من المشترى لم يكن له على البائع رجوع والشراء لازم للمشترى على كل حال * وفى كتاب الاستغناء ان ابتاع رجل دارا ونقدت زوجته الثمن لسكناها سنة أو سنتين ثم تداعيا فيها فان أقر الزوج للزوجة بالنقد فيها حلفت انه لها اشترى ومن مالها وزنت وكان الشراء لها وان انكرها ذلك فالقول قول الزوج بيمينه والشراء له وان قال البائع ان المرأة وزنت عليه الثمن لم ينفعها ذلك ولم يقبل قوله وكان لها

الشاهد

لشاهد ضغن ولكن يسأل الاثنين والثلاثة ويستبرئ ذلك ولا يتقبل الحاكم الا ما اتفق
عليه عدلان فأكثر فينبغي للحاكم اذا وثق بعدالة الرجل وصلاحه ومعرفته باهل مكانه
وبوجوه العدالة ان يسأله عن الناس فيعرفه من تجهل عدالته أو جرحته فهذا كله من
تعديل السر

(فصل) وأما صفة الشهادة على التجريح فيكفي ان يقول هو عندنا مجروح ومثله لا تجوز
شهادته وليس على المجرحين ان يكشفوا التجريح اذا كانوا ممن يعرف وجه التجريح وقد
تقدم في الفصل الاول من فصول الاعذار ذكر ما يسمع من التجريح وممن لا يسمع (فرع)
والواحد يجرح وذلك اذا كان ذلك بمسئلة القاضي وكان عدلا قاله ابن القاسم وكذلك
يجوز التجريح سرا اذا كان بمجلس القاضي (فرع) قال ابن عتاب الذي أحاط به العلم
وجرى به الحكم في التجريح بالعداوة أنها تكون بشهادة من يزكى من الشهداء ولا يشترط
في ذلك أهل التبرز في العدالة وانما يطلب التبرز في غير العداوة من وجوه التجريح ولا أعلم
في هذا خلافا من أحكام ابن سهل في الجزء الثاني في رسم تداعى بين سهل بن الدباغ وبعمر
بن سانية (مسئلة) وفي الوثائق المجموعة ولا ينبغي لاحد ان يجرح شاهدا انه يشهد بالحق
ذكرها في رسم تقييد عداوة لتكون عدة

(فصل في تعارض شهود التزكية والجرح) وفي تنبيه الحكام لو عدل شاهدان رجلا وجرحه
آخران ففي ذلك قولان قيل يقضي باعدلهما لاستحالة الجمع بينهما وقيل يقضي
بشهود الجرح لانهم زادوا على شهود التعديل اذ الجرح مما يبطن فلا يطلع عليه كل الناس
بخلاف العدالة وللخمي تفصيل قال ان كان اختلاف البينتين في فعل شئ في مجلس واحد
كدعوى احدى البينتين انه فعل كذا في وقت كذا وقالت البينة الاخرى لم يكن ذلك فانه
يقضي باعدلهما وان كان ذلك في مجلسين متقاربين قضى بشهادة الجرح لانها زادت
علما في الباطن وان تباعد ما بين المجلسين قضى بآخرهما تاريخا ويحمل على انه كان عدلا
ففسق او فاسقا فتزكى الا ان يكون في وقت تقييد الجرح ظاهر العدالة فبينة الجرح مقدمة
لانها زادت

(فصل في شهادة الاسترعاء) وشهادات الاسترعاء لا بد ان تكون الشهود يستحضرونها
من غير ان يروا الوثيقة اذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود لذلك وذلك في عقود
الاسترعاء التي يكتب فيها يشهد المسمون في هذا الكتاب من الشهود انهم يعرفون كذا
وكذا فان رأى الحاكم ريبة توجب التثبت فينبغي ان يقول لهم ما تشهدون به فان ذكروا
شهادتهم بالسنتهم على ما في الوثيقة جازت والا ردها وليس في كل موضع ينبغي ان يفعل
هذا ولا بكل الشهود وأما اذا كانت الوثيقة منعقدة على أشهاد الشاهدين كالصدقة
والابتياع ونحو ذلك فلا ينبغي ان تؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة وحسبهم أن يقولوا
ان شهادتهم فيها حق وانهم يعرفون من اشهدهم ولا يمسك القاضي الكتاب ويسألهم

شاهدا قال ابن رشد واذا اشترى رجل سلعة لامرأته أو تكارى لها دابة فحازت الدابة أو سكنت الدار فطلب منها الثمن فقالت
دفعت لك ولا بينة لها ففي ذلك خمسة أقوال أحدها انه ان كان نقد الثمن فالقول قولها مع يمينها والا كان القول قوله مع
يمينه وهى رواية ابن القاسم عن مالك والثاني انه ان كانت قبضت السلعة كان القول قولها والا كان
القول قوله وهو قول أشهب
والثالث قول سحنون عن
عيسى انه ان أشهد حين الدفع
انه من ماله كان القول قوله
والا كان القول قولها
والرابع ان القول قول المأمور
مطلقا انقد أو لم ينقد وهى
رواية عيسى عن ابن القاسم
والخامس ان القول قول الآمر
مطلقا انقد أو لم ينقد وهو في
كتاب ابن المواز ويلزم الآمر
ما التزمه المشترى من العيوب
الخفيفة والوظيف فان كان
من العيوب التى لا يخفى
مثلها فلا يلزمه واذا اطلع
على عيب فلا يرده عند ابن
القاسم اذا كان قد أمره بشراء
شئ معين لا باستئذان الآمر
ويرد حق غير ذلك وقال أشهب
لا يرد شيأ من ذلك معينة
كانت أو غيرها الا بعد استئذانه
قال بعض المتأخرين الا ان
يكون غائبا فله ذلك وكذلك
ليس له ان يقبل فان كان
مفوضا اليه فله ان يقبل
ما شاء من ذلك كله في الغيبة
والحضور

(فصل) ويكتب في شراء
الاب والوصي للصغار عقد
اشترى فلان لاولاده الصغار
في حجره فلان وفلان وفلانة
على السواء بينهم أو فلان
الوصي لمحاجيره فلان وفلان على السواء بينهم أو على نسبة كذا من مالهم ومتاعهم من المستقر لهم بيده من ميراثهم
من أمهم فلانة او من غلات أملاكهم بكذا أو بمال لهم لله تعالى من فلان جميع الكذا بكذا وتبني على ما تقدم (بيان)
الوجه في ابتياع الاب لابنه بماله ان يبين أصل المال وتضمن في العقد المعرفة به ولا يحتاج في ذلك الى ابتياع الوصي لانتفاء

عن شهادتهم -

{فصل في الشهادة في العدم} وصفتها ان تقول الشهود انا نعرف فلان بن فلان معرفة صحيحة وانه من أهل الفقر والعدم وما علمنا أن له مالا حاضرا ولا غائبا ولا ربعا ولا عروضا ولا شيأ يعدى عليه فيه {تنبيه} قال ابن الهندي اذا شهدت البينة على المديان ان له مالا ولم تعين ذلك فليس ذلك بشيء اذا كان العدم قد ثبت له وانما الزم باليمين استبراء اذا اتهم انه أخفى مالا {فصل} وفي الطرر لابن عات اذا وقع في الوثيقة محو أو بشر أو ضرب في غير مواضع العدد مثل عدد الدنانير أو حلها أو تاريخ الوثيقة وما أشبه ذلك لم يضر الوثيقة وان لم يعتذر منه الكاتب وان كان في تلك المواضع سئلت البينة عنه فان حفظت الشيء عينه الذي وقع فيه ذلك من غير ان يروا الوثيقة مضت وسئلوا عن البشر فان حفظوه مضت أيضا وان لم يحفظوه سقطت الوثيقة

{الفصل التاسع فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل} وفي أحكام ابن سهل عن ثمانية ابي زيد فيمن شهد عند القاضي فلما أدى شهادته عنده قال له بلغني ان هذا يعني المشهود عليه يهددني و يشتمني و يرميني بالمكروه قال ابن الماجشون قد أبطل شهادته ولا أرى للحاكم ان يقبلها لانه يخبر أنه عدوه فكيف يشهد عليه ويادني من هذا الكلام تطرح شهادته وقال اصبغ ان قاله على وجه الشكوى وقصد ان ينهاه عن الاذى ولم يكن على طلب خصومته بذلك ولا سمى الشتيمة فلا أرى ذلك شيأ وان سمى الشتيمة وقام بها يطالبه أو يخاصمه أو كان على وجه الخصومة وان لم يسمها في تلك الساعة فشهادته ساقطة {مسئلة} وفي المقنع لابن بطال اذا شهد الشاهد ثم حدث منه زنا أو قذف أو شرب خمر أو غير ذلك مما يجرحه سقطت شهادته الا أن ينفذ القضاء بشهادته قبل ان يصير الى ذلك فينفذ الحكم وفي كتاب ابن المواز اذا كتب القاضي شهادة الشاهد ولم يحكم بها حتى قتل أو قذف أو قاتل من شهد عليه فلا تسقط بهذا شهادته التي وقعت عند الحكم الا أن يحدث ما يستره الناس من الزنا والشرب فتسقط بذلك لان ذلك يدل على أنه يفعل ذلك قبل هذا {مسئلة} ولو شهد شاهد بطلاق امرأة وان زوجها طلقها البتة فقبله الامام واحلف المشهود عليه ان ذلك لم يكن ثم فسدت حال الشاهد ثم شهد آخر بمثل شهادته قال لا يقبل الاول على الزوج المشهود عليه لانه يوم تضم شهادته الى الشاهد الثاني غير عدل فشهادة الاول ساقطة {فصل} وأما اذا شهد الشاهد ثم لم يحكم بشهادته حتى وقع بينه وبين المشهود عليه خصومة فان شهادته لا ترد بذلك وكذلك لو شهد لامرأة بشهادة فلم يحكم بها حتى تزوجها فان شهادته ماضية لان العداوة والزوجية انما حدثتا بعد اداء الشهادة فلذلك كانت ماضية وفي المقنع كثير من هذا المعنى

{الفصل العاشر في صفة اداء الشهادة واللفظ الذي يصح به اداء الشهادة} قال القرافي رحمه الله تعالى في الفرق السابع والعشرين والمائتين اعلم ان أداء الشهادة لا يصح بالخبر

(ويكتب في تضمين ذلك قبل التاريخ ما نصه) ممن يعرف أن الابن المذكور ورث في أمه المذكورة مالا استقر بيد والده له والثمن في ذلك يسير أو انه استقر له بيد والده من غلات أملاكه أو فوائده ما يربي على الثمن المذكور فكذا فان لم ينص الوجه المذكور وقال انه اشتراه من مال ابنه ولا يعلم للابن مال ففي ذلك قولان أحدهما ان ذلك جائز للابن قاله مالك رضي الله تعالى عنه وهو مذهب ابن القاسم قال في الاستغناء وان اعتمر الاب الاملاك وسكن الدار بعد ذلك وهو الصحيح وبه العمل والثاني ان ذلك لا يصح للابن ويكون تراثا وهو مذهب أصبغ وان قال في ابتياع الاب والوصي من مال المحجور وسكت فلابد من تبيين الاشتراك بين المحاجير ان كانوا جماعة مخافة ان يموت فلا تعرف نسبة الاشتراك وهو محمول على الوصي اذا لم يبين ذلك على نسبة الميراث وقال أصبغ ان كان الشراء بجميع مالهم كان ذلك وان كان بالبعض كان على السواء وان سكت الاب ولم يقل بمالهم ولا بمال وهبه لهم وعري العقد عن ذلك فانه يحمل على العقد أسفله واذا اشترى الاب لابنه بمال وهبه اياه فهو جائز وان لم تعرف الهبة قبل ذلك واخراج الثمن من يده الى يد البائع حيازة تامة وبذلك القضاء وقيل ان ذلك ليس بحيازة حتى يخرجه من يده ويدفعه الى غيره ثم يبتاع به أو يدفعه الحائز بأمره الى البائع

{وسئل} ابن الحاج في رجل ابتاع لابنه دارا بثمن وهبه اياه الا انه منجم عليه في ثلاثة أعوام البتة ثم توفي المشتري {فقال} لا ينفسخ البيع ويتبع البائع تركة الميت بالثمن حالا وتكون الدار بين ورثة الاب وان كان ابتاع للاجنبي ملتزما العهدة فذلك جائز (ويكتب ما نصه) اشترى فلان لفلان بماله ومتاعه وعليه العهدة من فلان جميع الكذا

البتة فلو قال الشاهد للحاكم أنا أخبرك أيها القاضي بأن لزيد عند عمرو دينارا عن يقين فلا
يجوز اعتماد القاضي على هذا الوعد ولو قال قد أخبرتك أيها القاضي بكذا كان كاذبا لأن
مقتضاه تقدم الاخبار منه ولم يقع والاعتماد على الكذب لا يجوز فالمستقبل وعد
والماضي كذب وكذلك اسم الفاعل المقتضي للحال كقوله انا مخبرك أيها القاضي بذلك
فانه اخبار عن اتصافه بالخبر للقاضي وذلك لم يقع في الحال فالخبر كيف تصرف لا يجوز
للحاكم الاعتماد عليه وكذلك اذا قال الحاكم للشاهد بأي شئ تشهد فقال حضرت عند
فلان فسمعته يقر بكذا أو أشهدني على نفسه بكذا أو شهدت بينهما بصدور البيع أو غير ذلك
من العقود لا يكون ذلك اداء شهادة ولا يجوز للحاكم اعتماد على شئ من ذلك بسبب ان
هذا المخبر عن أمر تقدم فيحتمل ان يكون قد اطلع بعد ذلك على منع من الشهادة به من فسخ
أو اقالة أو حدوث ريبة للشاهد تمنع الاداء فلا يجوز لاجل هذه الاحتمالات الاعتماد على شئ
من ذلك اذا صدر من الشاهد بل لا بد من انشاء الاخبار عن الواقعة المشهود بها والانشاء
ليس بخبر ولذلك لا يحتمل التصديق والتكذيب فاذا قال الشاهد اشهد عندك أيها
القاضي كان انشاء ولو قال شهدت لم يكن انشاء وعكسه في البيع لو قال ابيعك لم يكن انشاء
للبيع بل اخبارا لا ينعقد به بيع بل هو وعد في المستقبل ولو قال بعتك كان انشاء للبيع
فالانشاء في الشهادة بالمضارع وفي العقود بالماضي وفي الطلاق بالماضي واسم الفاعل
نحو انت طالق وانت حر ولم يقع الانشاء في البيع باسم الفاعل كما تقدم في الشهادة نحو
انا شاهد عندك بكذا أو انا بايعك بكذا فهو ليس انشاء قال وسبب الفرق بين هذه المواطن
الوضع العرفي فما وضعه أهل العرف للانشاء كان انشاء والا فلا فان اتفق ان العوائد تغيرت
وصار الماضي موضوعا لانشاء الشهادة والمضارع لانشاء العقود جاز للحاكم الاعتماد
على ما صار موضوعا للانشاء ولا يجوز له الاعتماد على العرف الأول (تنبيه) وهذا
الذي ذكره القرافي هو مذهب الشافعي ولم أره لاحد من المالكية ونقل شمس الدين بن
قيم الجوزية الحنبلي الدمشقي أن مذهب مالك رضي الله تعالى عنه وأبي حنيفة وظاهر كلام
أحمد بن حنبل انه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ أشهد بل متى قال الشاهد رأيت كذا وكذا
أو سمعت أو نحو ذلك كانت شهادة منه وليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله صلى الله
عليه وسلم موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة ولا ورد ذلك عن أحد من الصحابة ولا
ورد في القياس والاستنباط ما يقتضي ذلك بل الأدلة المتظاهرة من الكتاب والسنة
وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفي ذلك قال الله تعالى قل هلم شهداءكم الذين يشهدون
الآية ومعلوم انه ليس المراد التلفظ بلفظ أشهد في هذا المحل بل مجرد الاخبار بتحريمه
وقال الله تعالى لكن الله يشهد بما أنزل اليك ولا يتوقف صحة ذلك على ان يقول سبحانه
أشهد وكذلك قوله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو الآية وقال تعالى والله يشهد انهم
لكاذبون وقال تعالى ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة الا من شهد بالحق أي

وتبنى على ما تقدم ثم تقول قبل الاشهاد ولم يقر البائع بما ذكر المشترى من ان شراءه لغيره ولا أنكر منه ما باع وعليه
العهدة وهو الملتزم للعيوب ولاداء الثمن وشهد عليهما بذلك في كذا (فصل) وبيع الحاضن والحاضنة فيه اختلاف
فقيل انه لا يجوز له البيع الا بأمر السلطان وقيل يجوز مطلقا في القليل والكثير اذا وافق السداد
وقيل يجوز في القليل دون
الكثير اذا احتاج الى ذلك
وبذلك جرى العمل والقليل
ما قيمته عشرون دينارا
وقيل العشرون ونحوها
وقال ابن زرب والثلاثون
دينارا وسواء كان الحاضن
قريبا أو بعيدا أو وليا أو أجنبيا
في بدوي أو حضري اذا أصاب
وجه البيع وكان الثمن قليلا
فيما يحتاج اليه اليتيم جاز
ولا قيام له فيه بعد ذلك لاحد
(ويكتب في ذلك) عقد
باع فلان على اليتيم فلان
الكائن في حضانته وكفالته
جميع الدويرة أو الموضع بكذا
حدوده كذا بثمن قبضه البائع
وصار عنده لينفقه في نفقات
اليتيم وضروريات أموره اذ
هو بحال حاجة ولا شئ له يباع
لذلك سوى ما ذكر وبعد
التسويق والاشادة في مظان
الزيادة وشهد عليهما بذلك
في كذا وتضمن في العقد من
يعرف في العقد صغر الابن
وحاجته وانه لا وصي عليه
وانه أولى ما بيع عليه أو السداد
(بيان) الام أقوى في ذلك
من غيرها لانها قد نزلت منزلة
الاب في مواضع كثيرة وقال
ابن حبيب أجاز مالك وغيره
من العلماء نظر الام والاخ
وغيرهما من الاولياء اذا كان رشيدا لليتيم دون تقديم سلطان وان يفعل ما يفعله
الوصي اذا أحسن النظر ولم يتهم فان باع الحاضن ما قيمته أكثر مما ذكر على ما جرى به العمل أو لغير حاجة فسخ ولم ينفذ
وفي مؤلفه ابن لبابة كل من باع على يتيم من أخ أو ولي غير وصي من غير نفقة ولا كسوة فلا يجوز عليه وهو بالخيار بين ان

...له كذا وكذا فاليتيم مخير في ذلك الا ان يجد سلعة فيأخذها ان شاء وان كان مما يكال أو يوزن يرد المثل وقال الابهري عن مالك ومن هلك وترك بنين وفيهم صغير ولم يول عليه فباع الكبار في دين على أبيهم من ماله ثم بلغ الصبي فانكر الدين ولم يثبت ان الصغير باخذ ما بيع عليه لانه على ملكه ويتبع المشتري الكبار بالثمن لتعديهم في قبض ما ليس لهم اذ لا يجوز لاحد ان يبيع على صغير الا الاب أو وصيا أو حاكما وان شهد عليه برضاه يوم البيع فلا شئ عليه لان رضاه ليس برضى ومثله قال ابن نافع قال المشاور وفي كتاب الاستغناء وله القيام مدة من عشرة أعوام بعد بلوغه وان علم بالبيع لانه من وجه الاستحقاق لانه لا يستحق مال أحد ولا يحاز عليه دون العشرة الاعوام لان دخول المبتاع عليه معلوم وليس من وجه الرضا بالبيع وانقطاع حجته بالعلم كمن بيع عليه ماله وهو ساكت عالم لا يقوم عند ذلك فيعد منه رضا بالبيع ويرجع بالثمن ولو كان ممن يعلم ذلك ولم يقم بعد بلوغه باليومين والثلاثة لانقطعت حجته وبعشر سنين من بلوغه كان يفتي ابن لبابة وغيره وفي المجالس انه من باب الرضا ويمضي البيع سكوته بعد البلوغ ما لم يقم بحرارة البلوغ في الشهر وما قاربه الى السنة فان زاد على ذلك لزمه البيع ورجع على البائع بما يصير عنده من الثمن والى باب الحيازة والاستحقاق نحا ابن حبيب في روايته عن مطرف في وابن الماجشون وكانه اقيس وانظر جواب ابن عتاب في الاول لابن سهل في مسائل المحجور عليه فكانه يجيء بقول ثالث

(فصل) بيع الفضولي * وفي الذي يبيع ملك غيره بغير اذنه قولان أحدهما انه لا يصح ولا يجوز والثاني انه يصح ويجوز

أخبر به وتكلم به عن علم وقال تعالى وشهد شاهد من أهلها الآية وقال تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والمقر على نفسه لا يقول أشهد وسمى ذلك شهادة ولا يفتقر صحة الاسلام الى ان يقول الداخل في الاسلام أشهد ان لا اله الا الله بل لو قال لا اله الا الله محمد رسول الله كفى وقال تعالى واجتنبوا قول الزور حنفاء وقال عليه الصلاة والسلام عدلت شهادة الزور الاشراك بالله وقال عليه الصلاة والسلام الا أنبئكم بأكبر الكبائر الشرك بالله وقتل النفس التي حرم الله الا وقول الزور فسمى قول الزور شهادة وقال ابن عباس شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وبعد الصبح حتى تطلع الشمس ومعلوم ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه لم يقل لابن عباس اشهد عندك ولكن اخبره فسمى ذلك شهادة فاشتراط لفظ الشهادة لا اصل له في الكتاب ولا في السنة ولا في عمل السلف الصالحين انتهى ماذكره ابن قيم الجوزية ونسبه الى مذهب مالك

(تنبيه) ويؤيد ماذكره ابن قيم الجوزية ماذكره ابن بطال في المقنع عن أصبغ قال لقد حضرت ابن وهب ومن معه من الفقهاء عند القاضي العمري فكان كاتب القاضي يقرأ على القاضي شهادة الشاهد بمحضر الشاهد ثم يقول للشاهد أهذه شهادتك فاذا قال نعم قبل ذلك منه فقوله نعم ليس هو انشاء الشهادة وقد اكتفى به من الشاهد وفي رسالة القضاء والاحكام فيما يتردد بين المتخاصمين عند الحكام قال واذا فرغ الكاتب من قراءة المحضر الذي تقيد فيه الدعوى والجواب قال القاضي للمدعي هذه دعواك فاذا قال نعم قال لكل واحد من الشهود هكذا اشهدت فاذا قال نعم وقع القاضي بخطه في آخره شهد هؤلاء الشهود عندي وان شاء كتب كذلك كانت الشهادة عندي فجعل اداء الشهادة لفظة نعم فقط وفي الوثائق المجموعة ان شريحا كان يقول للشاهدين انما يقضي على هذا المسلم انتما واني متق بكما فاتقيا الله أتشهدان أن الحق لهذا فاذا قالا نعم أجاز شهادتهما فظاهر نصوص المذهب ان ماذكره القرافي لا يشترط في اداء الشهادة وقبولها وهو منسوب الى الشافعية ولعله نقل من كلامهم فكثيرا ما ينقل عباراتهم اذا ظهر له انها غير مخالفة لقواعد المذهب وقد فعل ذلك في تصحيح الدعاوى وله من ذلك كثير في باب السياسة من كتاب الذخيرة له نقله من الاحكام السلطانية للماوردي الشافعي ونصوص المذهب مخالفة لما ذكره وقد ذكرت ذلك في قسم السياسة الشرعية

(فصل) وللشافعية تفريق في الشهادة بالمصدر واسم المفعول والشهادة بالصدور فاذا قال الشهود نشهد ان هذا وقف أو هذا مبيع من فلان أو هذه منكوحة فلان فان الحاكم يحكم بموجب شهادتهم ويكون ذلك متضمنا للحكم بصحة الوقف ونحوه ولو شهدوا بالصدور فقالوا نشهد بصدور الوقف أو بصدور البيع لم يحكم بموجب شهادتهم لاحتمال تغيير تلك العقود كما لو استحق الوقف أو صدرت الاقالة في البيع ونحو ذلك قاله الشيخ سراج الدين البلقيني

في بعض تعاليقه وهو الذي اشار اليه الشيخ تقي الدين كما قدمناه عنه قبل هذا فينبغي تأمل ذلك

﴿القسم الثاني من الكتاب في انواع البينات وما يتنزل منزلتها﴾
﴿وما يجري مجراها * وينحصر ذلك في سبعين بابا﴾

﴿الباب الاول في القضاء باربعة شهود﴾

وذلك في الشهادة على اثبات الزنا وهي على أربعة أوجه ﴿الاول﴾ الشهادة على رؤية الزنا عيانا فهذا الوجه هو المتفق على انه لا بد فيه من أربعة شهود ﴿الوجه الثاني﴾ الشهادة على الاقرار به ولو مرة خلافا لمن يشترط الاقرار به أربع مرات واختلف هل يكتفي بشهادة رجلين على المقر ولا بد من شهادة أربعة على الاقرار به لان الشهادة على الاقرار تؤول الى اقامة الحد فساوت الشهادة على المعاينة لتساوي موجبهما ووجه القول الاول ان الاصل في الشهادات على الاقرارات ان يكتفى فيها بشاهدين فأحرى الاقرار بالزنا على ذلك الاصل ﴿فرع﴾ وفي تنبيه الحكام واختلف في شهادة اثنين في الاقرار والنقل عن شهود الاصل الذين عاينوا الزنا وكذلك اذا شهد اثنان على كتاب القاضي بالحكم بذلك هل تجوز أم لا واذا لم تجز فهل يحد الشاهدان أم لا وان شهد واحد على الاقرار حد فان نقل ذلك عن غيره ففيه خلاف قال ابن القاسم يحد وقال محمد لا يحد اذا قال أشهدني فلان الا أن يقول هو زان اشهدني فلان وهذا أحسن لانه حقق عليه فاذا لم يثبت حد ﴿فرع﴾ واختلف اذا قال الشاهد الواحد رأيت فلانا مع فلانة أو بين فخذيها فقال ابن القاسم يعاقب وقال غيره لا عقوبة ورأى اللخمي ان الشاهد ان كان عدلا فلا عقوبة عليه أو غير عدل فيعاقب وقيل ان كان المشهود عليه ممن يتهم لم يعاقب الشاهد والا عوقب ﴿الوجه الثالث﴾ الشهادة على الشهادة به واختلف في ذلك فقيل يكفي اثنان على شهادة كل واحد من الاربعة وقيل لا يكفي الا أربعة على كل واحد من الاربعة فتكون ستة عشر وقيل يكفي أربعة يشهدون على كل واحد من الاربعة الذين شهدوا على المعاينة ﴿فرع﴾ لو لم يعرف القاضي أحد الشهود فاختلف هل يكتفي في تعديله باثنين أو لا بد من أربعة ﴿الوجه الرابع﴾ الشهادة على كتاب القاضي بثبوته والحكم به واختلف أيضا في ذلك كما تقدم في الشهادة على الشهادة هل يكفي في الشهادة على كتاب القاضي اثنان أو لا بد من اربعة ﴿مسئلة﴾ وفي المتيطية لو شهد أربعة بالزنا على رجل وتعلقوا به وأتوا به الى السلطان وشهدوا عليه قال لا أرى ان تجوز شهادتهم وأراهم قذفة ورواه أصبغ في كتاب الحدود فان كانوا اصحاب شرط موكلين بتغيير المنكر ورفعه فأخذوه وجاؤا به فشهدوا عليه جازت شهادتهم لانهم فعلوا في أخذه ورفعه ما يلزمهم وفي الواضحة لمطرف وابن

فان اجازه صاحبه مضى والا فلا وفي كتاب الدعوى والانكار للرعيني قلت لابن القاسم أرأيت الرجل يبيع مال غيره وصاحب المال حاضر حتى يبيع عليه أو استحل به فرج ثم ادعاه بعد ذلك فقال مالك كل ما بيع أو تصدق به وصاحبه حاضر ينظر حتى يبيع أو تصدق به ثم أراد الدعوى فيه بعد ذلك فليس له ذلك لان ذلك مكر وخديعة اذا كان في بلد غير مقهور بالطاقة وأما في بلاد السائبة والغلبة فقد يكون ذلك بحضرته ولا ينكر فلا يضره السكوت اذا كان مغلوبا راجيا الحجة ابدا عند ما يرى الاحداث في ماله يشهد على ذلك ويقول المال مالي ولا أجيزه ولا أرضى فعل غيري فيه غير اني مغلوب ولا أقدر على أخذه قال وأما اذا بلغه عن ماله انه بيع عليه فلم يقم بحدثان ذلك ولم يغير ولا أشهد عدولا على الانكار لذلك الفعل فذلك رضا بالبيع وتسليم فيه وقال مطرف من أحدث في ماله بيع أو هبة أو صدقة أو مقاسمة وصاحب الحق حاضر يعلم ذلك فلا يغير ولا ينكر فلا حق له فيه بعد ذلك الا ان يكون يقوم بحدثان ذلك فانه يرجع على حقه فيرد ما كان فيه من بيع أو هبة أو صدقة أو مقاسمة أو غير ذلك من جميع الاحداث فان ترك حتى طال فلا حق له ولا حجة فيما بيع من ذلك ولا في ثمنه ولا فيما وهبه ولا فيما أصدقه النساء وفي المستخرجة في الرجل يباع عليه ماله وهو حاضر فلا يغير ولا ينكر ثم أراد بعد ذلك الرجوع فيه فلا سبيل له اليه وله أخذ الثمن والمعنى في ذلك والله أعلم اذا باعه وهو ينسبه اليه وأما اذا باعه وهو ينسبه لنفسه وهو يقول انما أبيع مالي وشريكه في ذلك المال ساكت لا يغير ولا ينكر ثم قام يطلبه بعد ذلك فلا سبيل له اليه وسكوته رضا منه بدعوى البائع فيه واقرار منه اليه بالملك أو يكون أراد المكر والخديعة كما قال مالك فيلزمه ذلك اذا كان البائع لا سلطان له ولا قدرة له على الغصب وكذلك

[illegible] فلا سبيل له الى ذلك ولا الى ثمنه (وسئل) ابن زرب عن رجل بيع ماله بحضره ولم ينكر ذلك ثم قام يطلب نقض البيع ليس له نقضه وانما يقضى له بالثمن الذي بيع به * وسئل عن رجل بيع عليه ماله وهو غائب ثم علم بالبيع وسكت سنة أو سنتين ثم قام فيه (فقال) القيام له فيه واجب وليس هو كمن بيع عليه ماله وهو حاضر فهذا ليس له غير الثمن والبيع له لازم وقال ابن بطال قال لي أحمد بن عبد الملك في الرجل الذي لم يحضر البيع اذا علم وسكت يوما أو يومين أو ما قرب فان له القيام ويفسخ البيع مالم تكثر الايام فيلزمه قال ابن زرب اذا بيع عليه ماله ولم يحضر البيع فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره سكوته لانه يقول أردت أن استخير الله فيه وأشاور نفسي واذا بيع بحضره وسكت فلا خيار له وليس له الا الثمن لان سكوته رضا منه بالثمن وفي اشراف ابن المنذر اختلف في السلعة تباع وصاحبها حاضر لا يتكلم فكان الشافعي والنعمان ويعقوب رضي الله تعالى عنهم يقولون لا يزول ملكه عنها بسكوته وقال ابن أبي ليلى سكوته اقرار بالبيع قال أبو بكر والاول أصح فاذا بلغ الغائب ذلك وأراد البقاء على حجته (فيكتب في ذلك) عقد اشهد فلان على نفسه ان ابنه أو أخاه باع عليه ملكه أو داره بموضع كذا وانه غير ممض لفعله ولا راض به وطالب لحقه في ذلك متى حضر اذ هو غائب عنه وشهد على اشهاده بذلك في كذا

الماجشون واصبغ انه اذا شهد أربعة بزنا على رجل جازت شهادتهم وان كانوا هم القائمين بذلك مجتمعين جاءوا أو متفرقين اذا كان افتراقهم قريبا بعضهم من بعض

(مسئلة) ويشترط في الشهادة على الزنا ان يكونوا أربعة رجال ذكور عدول يشهدون بزنا واحد مجتمعين في اداء الشهادة غير مفترقين بانه أدخل فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة (مسئلة) وظاهر المذهب جواز النظر الى الفرج قصد التحمل وللحاكم ان يسألهم كما يسأل الشهود في السرقة ماهي ومن أين والى اين وفروع هذا الباب مشهورة في محالها

(فصل) ويلحق بهذا النوع أحكام لا بد فيها من أربعة شهود (الاول) الشهود الذين يحضرون لعان الزوجين والمذهب ان اقلهم أربعة (الثاني) شهادة الابداد في النكاح وذلك اذا أنكح الرجل ابنته البكر من رجل ولم يحضرهما شهود بل انما عقدا النكاح وتفرقا وقال كل واحد لصاحبه أشهد من لاقيت هكذا فسره في المختصر فلا تتم الشهادة الا بأربعة شاهدان على الاب وشاهدان على الزوج فان أشهد كل واحد منهما الشهود الذين اشهدهم صاحبه لم تتم هذه الشهادة ابدادا وسيأتي بيان ذلك في بابه من هذا الكتاب (فرع) أما لو كانت الزوجة مالكة أمر نفسها لم تكمل الشهادة على النكاح الا بستة اثنان على الناكح واثنان على المنكح واثنان على الزوجة (الثالث) لو قذف رجل رجلا فأتى بشاهدين شهدا انهما حضراه يجلد الحد في الزنا قال لا ينفعه ولا بد من أربعة شهود يشهدون انه حد في الزنا قال ابن رشد في البيان والقياس انه يدخل الخلاف في هذه المسئلة من اختلافهم في كتاب القاضي بثبوت الزنا انه يكفي فيه اثنان وقد تقدم ذلك (الرابع) الشهود الذين يحضرون عقوبة الزاني اقلهم أربعة (الخامس) شهادة السماع في الاحباس وغيرها لا يجزى فيها أقل من أربعة على قول ابن الماجشون والمشهور انه يجزى فيها اثنان (السادس) الشهادة في باب الاسترعاء واقلهم أربعة على قول ابن الماجشون والمشهور اثنان (السابع) الشهادة في الترشيد والتسفيه قال ابن الماجشون وغيره من أصحاب مالك يشترط فيهم الكثرة واقلهم أربعة شهود والمشهور انه يجزئ في ذلك اثنان (الثامن) شهادة القوم الذين قطع اللصوص عليهم الطريق قال مالك تقبل شهادتهم عليهم اذا كانوا كثيرا أو أقل الكثير اربعة وقال ابن الماجشون والمغيرة وابن دينار لا يجزئ في ذلك أقل من أربعة وقال مطرف وابن القاسم يجوز عدلان (التاسع) قال ابن عبد السلام حكى بعضهم عن ابي بكر بن الجهم من أصحابنا انه لا يقبل في الرضاع أقل من اربعة والمشهور انه يثبت بشاهدين وبامرأتين

(الباب الثاني في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما)

وذلك في النكاح والرجعة والطلاق والخلع والتمليك والمبارأة والعتق والاسلام والردة والولاء

(فصل في بيع المضغوط والمكره) ولا يجوز ما بيع تحت الضغط والاكراه وفي غير حق شرعي كالخارج ونحوه ويفسخ البيع اذا ثبت ذلك (ويكتب فيه) عقد يعرف شهوده فلانا ويعلمون ان بيعه الدار أو الملك بكذا الفلاني كان بالضغط والاكراه في غير

والولاء والنسب والكتابة والتدبير والبلوغ والعدة والجرح والتعديل والشرب والقذف والحرية والشركة والاحلال والاحصان وقتل العمد وكذلك الوكالة والوصية عند اشهب فهذه الاحكام لا تثبت الا بشاهدين ذكرين حرين عدلين قاله ابن راشد وغيره ﴿تنبيه﴾ فان شهد في هذه الامور شاهد واحد أحدث حكما آخر فاما النكاح فان كان الزوجان مقرين أشهدا شاهدا آخر واجبر الآبي منهما وان كان أحدهما منكرا لم يحلف المشهود له مع الشاهد وأما المشهود عليه فان كانت المرأة لم تحلف وفي الموازية ان المشهود عليه منهما يحلف والمشهور ان الشاهد الواحد لا يوجب يمينا على واحد منهما فان شهد على النكاح رجل وامرأتان وثبت المسيس سقط الحد ولا يحكم بالنكاح من تنبيه الحكام لابن المناصف وأما دعوى العبد أو الامة العتق فان اقام أحدهما شاهدا حلف السيد فان نكل فقيل يعتق عليه وقيل يسجن حتى يحلف وقيل يخلى من السجن اذا طال والطول سنة وأما ان شهد بقتل العمد شاهد واحد ونكل الاولياء عن القسامة فان الايمان ترد على القاتل فان حلف برئ واختلف اذا نكل فقيل يسجن ابدا حتى يحلف وقال اشهب ان طال السجن ويئس أن يقر أو يحلف كانت الدية عليه في ماله من التنبيه وأما ان شهد بجرح العمد شاهد فتجب اليمين على المشهود عليه أما النكول المشهود له عن اليمين على القول بوجوب ذلك بشاهد ويمين أو على القول الآخر انه لا يمكن من ذلك بالشاهد واليمين وتوجهت اليمين على المشهود عليه فان نكل عن اليمين سجن ابدا حتى يقر أو يحلف وعلى القول الآخر يخرج بعد سنة وقال اشهب يقتص منه وذكر ذلك عن ابن القاسم من التنبيه وأما الشاهد الواحد على قتل الخطأ والجراح فليس من هذا الباب وحكمه حكم الماليات تجب الدية بشاهد ويمين القسامة وبشاهد ونكول المدعى عليهم من التنبيه

﴿فصل﴾ قال في تنبيه الحكام وكل من أقر من هؤلاء بالحق المشهود به عليه بسبب طول السجن أخذ باقراره ولم يكن السجن في حقه اكراها لانه سجن بحق بخلاف الاكراه ظلما وأما الطلاق فان اقامت المرأة شاهدا بالطلاق وانكر الزوج حلف وخلي بينه وبينها وان نكل سجن حتى يحلف أو يطول أمره والطول في ذلك سنة وقيل يسجن ابدا حتى يحلف أو يطلق وقيل تطلق عليه لتمام أربعة أشهر لمشابهته الايلاء وأما الشرب فقال في المدونة ان شهد رجل على آخر انه شرب خمرا نكل الشاهد وأما السرقة فان كان لها من يطلبها لم يعاقب الشاهد عدلا كان أو غير عدل وان لم يكن لها من يطلبها عوقب ان كان غير عدل وان كان عدلا فلا فاذا اشهد شاهد عدل أو شاهد وامرأتان أنه سرق للمدعى مثل الشئ المدعى فيه من غير تعيين لذلك الشئ المدعى فيه انه عين شيئه فانه يوجب توقيفه وقال مالك فيمن شهد له قوم انهم سمعوا انه سرق له مثل ما يدعى فانه يدفع ذلك اليه اذا وضع قيمته وان لم تكن شهادة قاطعة يعني انه يمكن من دفعه اليه لتشهد بينته على عينه فاذا صح

حق شرعي ثبت عليه وان المشتري فلانا عالم بذلك وتحققه من حال البائع فاشترى عنه وانعقد التبايع بينهما وهو مكره كما ذكر وقيدوا على ذلك شهاداتهم في كذا ويعرفون من ذكر وفي التاريخ ﴿بيان﴾ اذا ثبت هذا فسخ البيع ورد المبيع بغير ثمن على صاحبه مسلما كان أو ذميا قال ابن رشد في كتاب البيان له وانما يرد على أهل الذمة ما اشترى منهم على وجه الضغط اذا كان الذي يطلبون به ويضغطون فيه ظلما أو تعديا أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يبسروا فيباع عليهم ما لا يلزمهم بيعه كثوب يستترون به وشبهه فهذا يلزم مشتريه رده الى بائعه لانه بيع عليه ظلما فاما ان بيع في حق واجب عليه تحت الضغطة والاكراه فلا يرجع عليه وهو سائغ لمن اشتراه وسبيل المضغوط من المسلمين على بيع متاعه في غير حق سبيل الذمي في رد ماله عليه بغير ثمن بل هو في المسلم أشد لان حرمته أعظم قال ذلك ابن حبيب وحكاه عن مالك رضي الله تعالى عنه من رواية ابن القاسم عنه ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ وسواء علم المشتري انه مضغوط أو لم يعلم قال ذلك ابن القاسم عن مالك في المبسوطة وسواء وصل الثمن من المبتاع الى المضغوط أو جهل هل ادخله في منافعه المضغوط في ذلك أخذ ماله وسئل في ذلك في موضع آخر فقال ليس ما تغير على القائم في عقد الشراء يبطل للاسترعاء الذي قام به لانه من اضغط التزم بغير حق واكراه بما يعجب الاكراه به ثم أطلق تحت الضمان ليأتي بما أكره من المال فلم يخرج من الضغطة وبيعه في تلك الحال بيع مضغوط وقد اختلف أهل العلم في بيع المضغوط بغير حق اختلافا كثيرا والذي أقول به من ذلك وانقلده ما ذهب اليه سحنون ورواه عن مالك رضي الله تعالى عنه وهو ان يرد اليه ما باع من ماله بغير غرم الثمن الذي قبض الا ان يكون المبتاع

ذلك حكم له به من التنبيه وأما القذف فيحلف المشهود عليه ويبرأ فان نكل فهل يحد فى القذف أو يسجن ابدا حتى يحلف أو يخرج بعد سنة خلاف ﴿مسئلة﴾ وفى التنبيه لابن المناصف واختلف فى الشاهد الواحد على التوكيل بالمال عن غائب هل يحلف الوكيل معه ليثبت التوكيل أولا فالاشهر المنع واستحسنه اللخمى الا أن يتعلق بذلك التوكيل حق للوكيل مثل ان يكون على الغائب دين أو لانه يقر المال فى يده قراضا وما اشبه ذلك فيحلف ويستحق

﴿الباب الثالث فى القضاء بشاهدين او بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين المدعى أو بامرأتين ويمين المدعى﴾

وذلك فى الاموال وحقوقها كالآجال والخيار والشفعة والاجارة والحبس وقتل الخطا ونجوم الكتابة وان عتق بها وكالشهادة على الوكالة بطلب المال واسناد الوصية التى ليس فيها غير المال والمشهور الجواز فى المسئلتين وكذلك القرض والبيع وما فى بابه * ومما يدخل فى هذا القسم ويختلف أيضا فيه هل له حكم المال أولا الشهادة على التاريخ المتضمن مالا وهو يؤدى الى ما يتعلق بالابدان كالرجل تلزمه يمين بالطلاق أو العتق ليقضين فلانا حقه الى اجل كذا فيمضى الاجل ويدعى الحالف انه قد قضى المال قبل الاجل ويشهد له رجل وامرأتان بانه قضى المال فقد سقط المال وأما الطلاق والعتق فعن مالك قولان قال مرة ان الطلاق وقع بمضى الاجل فلا يرتفع حكمه الا بشهادة رجلين على ما ادعاه وقال مرة انه يسقط الطلاق بسقوط ذلك الحق اما باقرار الطالب انه قبض أو بيمين المطلوب عند نكول الطالب أو بشاهد ويمين وكذلك الشاهد والمرأتان ومثل ذلك انه لو شهد أربعة انه وطئ أمة لفلان فزعم الواطئ انه اشتراها من سيدها قبل ذلك فرأى ابن القاسم سقوط الحد عنه اذا اثبت ملكه بما تثبت به الاملاك من اقرار أو شاهد وامرأتين أو يمين الواطئ مع نكول السيد وقال أشهب يحد ولا يسقط الحد عنه بشئ من ذلك كله الا أن يشهد به رجلان واستحسن اذا شهد رجل وامرأتان بتقدم الشراء أن يدرأ عنه الحد وذلك لقوة الشبهة فى كمال الشهادة فهذا وما كان فى معناه مختلف فى أى أصل يكون قيل هو شهادة على مال فيحمل على احكامه فى الشهادات وسائر وجوه الاثبات فاذا صح تعلق به ما يتقاضاه صحة ذلك الحق من حكم غير المال كما كان ذلك فى المكاتب يؤدى نجومه والرجل يشترى أباه أو ابنه وما أشبه ذلك وقيل بل هو شاهد على وقت والوقت ليس هو بمال ثم هو مع ذلك يؤول الى غير المال فلم يجز فيه الا رجلان * ومما يختلف فى شهادة النساء فيه جراح العمد قال ابن راشد وفيها ثلاثة أقوال أحدها جواز شهادتهن فيها والثانى انها تجوز فى الجرح الذى لا قصاص فيه وانما هو مال وقيل تجوز فيما صغر من الجراح دون ما كبر فوجه القول الاول ان من جراح العمد مالا قود فيه وانما فيه دية ذلك الجرح كالجائفة والمأمومة

الا ان يثبت على المقوم عليه أو على الذى ابتاع لها العلم بحال البائع من الضغط والاكراه فترد عليه الدار ويتبع بالثمن الضاغط الا ان يكون الذى ابتاع لها هو العالم بالضغط دونهما فيكون لهما الرجوع بالثمن عليه لانه هو الذى أتلفه عليهما بتعديه عليهما فى ذلك ولا يلزم ان يستفسر الشهود عن شئ من الوجوه اذا كانوا من أهل الانتباه والمعرفة وشهادتهم جائزة فى ذلك عاملة وقال فى موضع آخر فى المضغوط والسجن بمجرده عند أهل العلم اكراه فكيف بما وصفت من الاخافة والثقاف فى الحديد فما قاطع به على نفسه من المال أو أشهد به لبعض الضامنين من التوكيل على بيع أملاكه فيما ضمنوا عنه غير لازم له ولا جائز عليه وكذلك ما أشهد به بعد تسريحه من ارتجاع املاكه وأمهات أولاده وتصييرها الى الضامنين فيما ضمنوا عنه وان ذلك حق ثابت لا يجوز ولا يلزمه منه شئ لان أمره فى ذلك عند أهل العلم محمول على الاكراه المتقدم فالواجب ان يصرف عليه جميع أملاكه من عند من وجدت عنده فما كان منها لامهات الاولاد بقى لهن الا ان ينتزعه على وجه يجوز له وما كان منها حبسا أقر على التحبيس وله ان يرجع بما اغرم من المال على من ولى أخذه منه صار ذلك الى المتعدى أو لم يصر ولا رجوع للضامن عليه بشئ مما أدوه عنه للمدعى بضمانهم اياه وان اثبتوا ذلك وفى مسائل ابن الحاج فى امرأة يمت عليها مملوكة تحت الاكراه والضغط فى مال التزمته بغير حق فقام ورثتها فيها على مشتريها فاثبت المشترى ان الابتياع كان صحيحا بعد الاكراه بنحو شهرين واستفتى القاضى اذ ذاك من حضره من العلماء فافتوه بان بينة الاكراه اعمل

وأنه يجب صرف المملوكة على ورثة ربتها وأفتى فيها أصبغ بن محمد أن الحكم بذلك نافذ ولا كلام فى ذلك للمبتاع ولو لم يحكم بذلك فيما سلف لوجب ان يحكم الآن بذلك وقال مثله ابن رشد وابن الحاج ﴿فصل بيع الغبن﴾ وبيع الغبن فيه اختلاف بين المالكيين فمنهم من يقول لا قيام به قليلا كان الغبن أو كثيرا وبذلك قال الشافعي وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنهم ومنهم من قال يقوم به اذا زاد عن الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف ولم يحد مالك فى ذلك حدا ويفسخ البيع اذا ثبت كان على البائع أو على المشترى (ويكتب فى ذلك) عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالاملاك وقيمتها الى الملك الذى باعه فلان من فلان بن فلان بكذا ونظروه ونظرا شافيا فرأوا ان قيمته كذا وان بيعه بالثمن المذكور غبن على المشترى أو على البائع أزيد من من ثلث الثمن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا * فان كان القائم بالغبن من أهل المعرفة بتلك السلعة وسعرها فلا قيام له باتفاق قال ابن رشد وانما يرد البيع على الاختلاف المذكور ما لم يفت وقد قيل ان للمبتاع ان يوفى تمام القيمة يوم البيع على الثمن ولا يرد المبيع وان كان قائما ما لم يفت وقيل انه يعطى له منه بقدر الثمن من قيمته يوم البيع ويرد الباقى وهذه الاقوال قائمة من العتبية لابن القاسم وسحنون فى سماعه وسماع أبى زيد فان فات البيع فليس له الا ما بين القيمة والثمن الذى وقع به البيع باتفاق ولا يقام بالغبن الا فيما قرب كالعام ونحوه وان كان له أكثر من ذلك فلا قيام له ﴿بيع صاحب المواريث للمتروك والموات وما يقطعه الامام وبيع المعتزل والمغصوب﴾ توفى فلان فاحاط بميراثه فلانة وبيت المال لا غير وانتهى ذلك الى صاحب المواريث بموضع كذا فلان فبحث عن متروكه فكان منه جميع الدار أو الملك بكذا احدوده كذا فسوق واجتهد

والمأمومة فحمل ما بقى من جراح العمد على ذلك وحمل جميع ذلك على باب الماليات ووجه المنع ان ذلك من حقوق الابدان فلا يجزئ فيها الا شاهدان وهو أجرى على قياس المذهب * ومن ذلك النقل عمن شهد بمال والوكالة بطلب المال والوصية به وقد تقدم ذلك والشهادة على أسباب التوارث وسيأتى بيانه قريبا وكذلك فى الولاء والنسب وسيأتى بيانه والجواز لابن القاسم والمنع لاشهب فحمل ابن القاسم شهادة المرأتين فى ذلك على شهادتهن فى الاموال ومنع اشهب اعتبارا باعيانهن لا بما تؤول اليه ﴿مسئلة﴾ لو شهد بالسرقة رجل وامرأتان ثبت المال دون القطع وكذلك فسخ العقود يثبت بشاهد وامرأتين وكل جرح لا يوجب الا المال كما تقدم مثاله وكل ما كان من المال أو المقصود منه المال فيثبت برجل وامرأتين والذى المقصود منه المال كالبيع والاجارة وما تقدم * ومن ذلك الوديعة والعارية والرهن والقراض والغصب والمساقاة والمغارسة والصلح والكفالة بالمال وما أشبه ذلك

﴿فصل﴾ وأما القضاء باليمين مع الشاهد فهو أمر ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح وقضى به جماعة من الصحابة ولم يرو عن أحد منهم انه انكره وبه قال الفقهاء السبعة واليه ذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم قال مالك يقضى به فى كل بلد ويحمل عليه الناس حيث كانوا وأما يحيى بن يحيى الاندلسى الليثى فانه ترك العمل به وزعم انه لم ير الليث القول به ويحكى عن قاضى الجماعة ابن بشير الاندلسى انه لم يحكم به الا مرة واحدة وقال عبيد الله بن يحيى الذى كنت أعرفه من والدى انه كان يذهب الى ان التخيير الى القاضى ان كان ذلك الامر من الاشياء التى لا يوصل الى الاكثار فيها من الشهود وكان الامر مشهورا عند الناس أو كان كتابا قديما قدمات شهوده الا واحدا مبرزا وكان يرى ان يحكم القاضى فى ذلك باليمين مع الشاهد وقال ابن لبابة اختلاف العلماء وما ذهب اليه مالك فى ذلك معروف وقضاتنا لا يرون ذلك وانى متوقف عن الاختيار فى ذلك قال ابن سهل ومن صح نظره فى أحوال الناس لم تطب نفسه ان يقضى الا بالشاهد المبرز فى العدالة قال الرعينى فى كتاب الدعوى والانكار ويحكم بالشاهد واليمين فى كل حق يدعيه الرجل على صاحبه من بيع أو شراء من أى السلع كان من دور أو أرضين أو حيوان أو رقيق أو ثياب أو طعام أو كراء أو اجارة أو شركة أو معاوضة أو مساقاة أو مقارضة أو جعل أو صناعة أو سلف أو وديعة أو غصب أو سرقة أو تعد أو هبة لله تعالى أو للثواب أو صدقة أو نحلة أو عطية أو بضاعة أو عارية أو حبس أو سكنى أو اخدام أو صداق أو صلح من اقرار أو انكار فى عمد أو خطأ أو جراحة عمدا أو خطأ أو تولية أو اقالة أو خيار أو تبرؤ من عيب أو رضى به بعد العلم من غير تبرؤ أو وكالة فى شئ مما ذكرناه مما يكون مالا أو يؤول الى مال فاذا اقام المدعى على شئ مما تقدم شاهدا واحدا عدلا وحلف معه أخذ ما يدعى ويثبت فى القتل عمده وخطؤه الا انه مع القسامة ﴿تنبيه﴾

...المال من فلان المذكور بالثمن المذكور وأحضره المشترى ودفع لكل واحد منهما ما يجب له قبضه منه فقبضه
وأبرأه منه وصار حظ بيت المال بيد صاحب المواريث ليورده حيث يجب وخلص بذلك للمبتاع تملك المبيع خلوصا
تاما على السنة والمرجع بالدرك وهو عارف به وبصير وشهد على صاحب المواريث والزوجة والمبتاع ثلاثتهم بما فيه عنهم من اشهدوه به ويعلم صحة نظر صاحب المواريث المذكور واتصاله والسداد وثبوت موت المتوفى واحاطة من ذكر بميراثه وفى تاريخ كذا فان كان المبيع مواتا (فيكتب فى ذلك) عقد انهى الى صاحب المواريث بحاضرة كذا فلان ابن فلان ان الارض الغامرة التى بموضع كذا احد حدودها كذا موات من موات المسلمين لا مالك لها ولا عامر وثبت ذلك واجب التجت نامر بيعها والمنف عليها فى مظان الزيادة فكان أقصى ما بلغته كذا على آخر زائد فيها وهو فلان فامضى له البيع فى ذلك صاحب المواريث بالثمن المذكور وأحضره ودفعه له فقبضه منه وصار بيده ليورده حيث يجب وأبرأه منه وخلص بذلك للمبتاع تملك ذلك وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الحق فى حقه على السنة والمرجع بالدرك وهو عارف به وبصير وشهد على صاحب المواريث والمبتاع المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به
ويعلم صحة نظره وثبوت ما ذكر فى المبيع والعداد فى بيعه بما ذكر فى كذا (بيان) والموات اما أن يكون قريبا من العمران أو بعيدا فان كان قريبا فلا يسوغ لاحد احياؤه الا باذن الامام أو باشراكه كما تقدم فان أحياه وبنى فيه بغير اذن أعطى قيمة بنائه مقلوعا وقيل قائما وان كان بعيدا فان أحياه فهو له وليس لاحد أن ينزل عليه فيها ولا ان يخرجها من يده يستحق

قول الرعيني رحمه الله تعالى أو فى حبس يريد على معينين ففى المتيطية وان شهد شاهد بصدقة أو حبس على معينين حلفوا مع شاهدهم واستحقوها وان كان على غير المعينين حلف المشهود عليه وبرئ فان نكل حكم عليه به قال وان كانت الصدقة أو الحبس على بنى فلان فروى ابن الماجشون عن مالك انه يحلف الكل معه وينفذ لجميعهم وفى كتاب ابن حبيب اذا حلف منهم واحد نفذ له ولغيره وروى محمد عن اصحابه انه لا تجوز فيه اليمين مع الشاهد (واعلم) ان اليمين مع الشاهد انما تكون فى الاموال كما تقدم وتكون فى المشاتمة ما عدا الحدود فى الفرية والسرقة والشرب والنكاح والرجعة والطلاق والعتاق وما تقدم انه لا يثبت الا بشاهدين وكذلك لا يكون اليمين مع الشاهد الواحد فى الشهادة على شهادة الشاهد واختلف فى الوكالة بالمال وذكر ابن راشد فى قول ابن الحاجب وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور قال ومنشأ القولين فى الوكالة والوصية ان الشهادة باشرت ما ليس بمال لكنها تؤول الى المال فاعتبر ابن القاسم المال فاجاز فيها الشاهد واليمين والرجل والمرأتين وهو قول مالك وابن وهب ولما كان قول مالك وابن القاسم وابن وهب الجواز شهره ابن الحاجب ولم يجز ذلك أشهب وابن الماجشون لانها باشرت ما ليس بمال وفى المتيطية وان شهد على غائب فى وكالة شاهد فروى انه يحلف الوكيل وتثبت وكالته والاكثر والذى جرى عليه العمل انه لا يحلف معه قال ابن دحون يلزم من أجاز شهادة النساء على الوكالة فى المال ان يجيز شاهدا ويمينا على الوكالة فى المال لانها تؤول الى المال وزاد القرافى فيما نقله عن العبدى فى هلال رمضان وذى الحجة والايصاء والترشيد قال والمواضع المختلف فيها خمسة الوكالة بالمال والوصية به والتجريح والتعديل ونكاح امرأة قد ماتت انظر القواعد فى الفرق الثامن والثلاثين والمائتين ومعنى قوله نكاح امرأة قد ماتت انه اذا شهد على النكاح بعد موت المرأة شاهد أو ان أحد الوارثين مات قبل الآخر فهل يحلف مع الشاهد ويثبت الميراث أولا وكذا لو شهد بذلك رجل وامرأتان قال ابن القاسم يورث مع الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين واشهب يمنع لترتب ثبوت النكاح على ذلك (مسئلة) وتجوز اليمين مع الشاهد فى الوراثة مثل ان يشهد شاهدان على تسمية ورثة ميت فيقول أحد الشاهدين لا أعلم له وارثا غيرهم ويقول الآخر لا أدرى هل له وارث غيرهم أم لا فان الورثة يحلفون بالله ما له وارث غيرنا ثم يستحقون الميراث وكذلك الحكم فى الرجل يهلك عن مال وولد فيثبت نسبه من أبيه بشاهدين فيسأله الحاكم البينة على عدة ورثة أبيه فيقول لا وارث له غيرى ويأتى على ذلك بشاهد واحد يشهد له انه لا يعلم له وارثا غيره فانه يحلف مع شاهده ويستحق المال ولو لم يثبت نسبه الا بشاهد واحد لم يحلف معه كما تقدم من انه لا يثبت الا بشاهدين (مسئلة) وكذلك الولاء لا يثبت الا بشاهدين فلو أقام شاهدا واحدا على ميت انه مولاه وانه أعتقه فكان ابن القاسم يقول انه يحلف مع شاهده ويستحق المال ولا يستحق الولاء وقال اشهب لا يستحق المال ولا الولاء لانه لم يثبت الولاء الذى

يستحق به المال فلا يستحق المال قبل ان يستحق الولاء ﴿مسئلة﴾ لو ادعى المبتاع فى العيب الخفى انه كان عند البائع وشهد له بذلك شاهد واحد فقال ابن القاسم فى كتاب محمد يحلف المبتاع مع شاهده ويرد العبد قاله ابن نافع والمخزومى وقال ابن كنانة لا يحلف مع شاهده لانه اذا حلف معه فكأنه قد علم انه كان بهذلك العيب يوم ابتاعه فلا بد من شاهدين على ما يدعيه قال بعض الشيوخ والصواب ما فى كتاب محمد غير انه لا بد للمبتاع أن يحلف بيمينه انه لم يعلم بهذا العيب الا حين قيامه ليندفع بذلك ما اعتل به ابن كنانة واذا قلنا يحلف المبتاع مع شاهده فلو نكل عن اليمين فهل يحلف البائع على البت وهو قول محمد وليس باليمين أو يحلف على العلم قاله اصبغ انظر المتيطية ﴿مسئلة﴾ قال مالك رضى الله تعالى عنه قد تكون الشهادة فى المال تؤدى الى الطلاق مثل ان يقيم شاهدا واحدا انه اشترى امرأته من سيدها فيحلف معه ويستحقها ويكون فراقا ﴿فرع﴾ وقد يدخل الشاهد واليمين فى مال يؤدى الى العتق مثل ان يقيم المكاتب شاهدا على اداء كتابته فانه يحلف معه ويتم العتق وكذلك لو ثبت على رجل دين بشهادة رجل ويمين المدعى فانه يرد بهذه الشهادة العتق الذى وقع بعد الدين ﴿فرع﴾ وقد يدخل الشاهد واليمين فى القذف مثل ان يقذف رجل رجلا ظاهر الحرية فيجب عليه الحد فيأتى من يستحق رقبة المقذوف بشاهد ويمين فيسقط الحد عن القاذف أو يقذف مكاتبا فيأتى المكاتب بشاهد انه أدى كتابته فيحلف معه فيجب الحد لتمام العتق من المتيطية ﴿مسئلة﴾ حيث قلنا يحكم باليمين مع الشاهد فهل ذلك منسوب الى الشاهد فقط واليمين كالاستظهار أو اليمين كشاهد ثان فيه خلاف ويظهر أثر ذلك الخلاف اذا رجع الشاهد هل يغرم الحق كله أو نصفه ﴿مسئلة﴾ وحيث يحكم باليمين مع الشاهد وكانت الدعوى على يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو عبد مولى أو أمة أو كانت الدعوى لواحد من هؤلاء فانه يحلف مع شاهده ويستحق ما حلف عليه وان كانت الدعوى عليه فليس عليه الا يمينه بالله تعالى

﴿فصل﴾ وأما القضاء بامرأتين ويمين المدعى فيجرى فيما يجرى فيه الشاهد واليمين من الاموال على ما تقدم فى باب الشاهد واليمين وكذا الوراثة كما لو ولدت امرأة ثم ماتت هى وولدها فشهدت امرأتان ان الام ماتت قبل ولدها فان الاب يحلف أو ورثته على ذلك ويستحقون ما يرث عن أمه لانه مال قاله ابن القاسم ﴿تنبيه﴾ واختلف فى مسائل منها لو شهد النساء فى طلاق ودين بشهادة واحدة جازت فى الدين مع اليمين دون الطلاق ﴿فرع﴾ وكذا اذا شهدت امرأتان على ميت انه أوصى لرجل قال فى المدونة لا تجوز شهادتهما ان كان فى الوصية عتق وابضاع النساء يريد نكاح البنات فابطل الوصية كلها قال ابن راشد وقد اختلف فى هذا الاصل وهو ما اذا اشتملت الشهادة على ما تجيزه السنة وما لا تجيزه والمشهور جواز ما أجازته السنة دون ما لم تجزه وقيل يرد الجميع

وله ان يبيعها وقال ابن العطار فى وثائقه ليس له بيعها قال ابن رشد وهو خطأ والصواب ان له بيعها ما دامت بيده فان تركها حتى تبورت وعادت الى حالها فلا حق له فيها ولا يكون له بيعها اذ ذاك ومن أراد ان ينزل فيها فله ذلك وللامام ان يقطع الموات القريب من العمران على وجه النظر للمسلمين (ويكتب فى ذلك) عقد أقطع أمير المسلمين فلان أيده الله تعالى فلانا جميع الملك بكذا بموضع كذا حدوده كذا بحقوقه وحرمه ومنافعه اقطاعا صحيحا صار به ذلك مالا وملكا من أملاكه لما رآه من النظر والغناء المذكور فى الاسلام وقبل ذلك المقطع فلان وشهد على اشهادهما من ذكر بذلك فى كذا ولا يحتاج فى هذا الى حيازة لانه حكم من أحكام الامام وقيل يفتقر الى الحيازة وله بيعه ومنعه ممن شاء ويرثه عنه ورثته وفى كتاب الاستغناء قال الداودى ان أقطعه على انه أصله فهو له كما ذكر وان اقطعه على الانتفاع به فليس له الا ذلك ولا يسوغ له بيعه

﴿فصل بيع المنزل والمغصوب﴾ وفى بيع المنزل والمغصوب ثلاثة أقوال أحدها ان بيعه جائز مطلقا من الغاصب وغيره قال ابن الحاج وبذلك كان يفتى ابن زرب ويستدل بمسئلة كتاب الصرف من المدونة اذا غصب جارية ثم لقيه واشتراها منه فقال ابن القاسم البيع جائز وبمسئلة كتاب الغصب اذا اغتصب منه جارية فباعها الغاصب من رجل ثم لقى صاحبها فاشتراها منه فقال البيعتان صحيحتان والثانى انه يجوز بيعه من الغاصب دون غيره وهو قول ابن القاسم أيضا والثالث أنه لا يجوز بيعه من الغاصب ولا من سواه وقال ابن رشد فى مسائله فى بيع المنزل يفسخ على كل حال سواء كان الانزال على فائدة المال أو على أصل رقبته قال وهو بيع فاسد يفيته ما يفيت البيع الفاسد نص على ذلك ابن حبيب فى الواضحة وهو مذهب مالك رضى الله تعالى عنه وجميع أصحابه

{ الباب الرابع فى القضاء بشاهد وامرأتين ونكول المدعى عليه عن اليمين }
{ المردودة والقضاء باليمين الرافعة للدعوى واليمين المنقلبة }
{ وحكم نكول المدعى عن اليمين المصححة للدعوى }

وذلك يجرى فى كل موضع يقبل فيه الشاهد واليمين أو امرأتان واليمين * وصورة ذلك ان يشهد على المدعى عليه شاهد أو امرأتان فاذا توجهت اليمين على المدعى وردها على المدعى عليه فان نكل عن اليمين قضى عليه بنكوله وليس له ان يردها على المدعى لان اليمين المردودة لا ترد ففى هذه الصورة تسمى اليمين المردودة ولو لم يردها المدعى فان الحكم يوجب انقلابها على المدعى عليه فان حلف برئ وان نكل غرم وأما اليمين الرافعة للدعوى فصورة ذلك ان يدعى رجل على رجل حقا وليس له بينة على ذلك فينكر المدعى عليه فتتوجه عليه اليمين على نفى ما ادعى به عليه فهذه هى اليمين الرافعة للدعوى وأما اليمين المنقلبة فهى ان يطلب المدعى عليه باليمين الرافعة للدعوى فينكل عنها فتنقلب اليمين على الطالب فيحلف ويستحق فان جهل المطلوب ردها فانه يجب على الحاكم ان يخبره ولا يقضى عليه حتى يردها فان نكل المدعى فلا شئ له { فرع } فان حلف المدعى حين نكل المدعى عليه وأخذ ما ادعاه ثم ان المدعى عليه وجد بينة ببراءته من ذلك نفعه ذلك واستعاد ما أخذه منه المدعى من مختصر الواضحة { فرع } وعكس هذا اذا امتنع المدعى من اليمين مع الشاهد وحلف المدعى عليه ثم وجد الطالب شاهدا آخر فقيل يضم الى شاهده الاول وتبطل يمين المطلوب رواه ابن الماجشون عن مالك قال ابن الماجشون وكلمت فيه ابن كنانة فقال هذا اعتداد ناوهم من قوله وقد كان يقول ان ذلك ليس له لان الطالب قد كان له ان يحلف مع شاهده الاول فلما ابى ذلك لم يكن له بعد ذلك الرجوع فى ذلك ولا الاعتداد به بشاهد آخر وانما يكون هذا فيما ليس فيه اليمين مع الشاهد مثل المرأة تقيم شاهدا على طلاق زوجها باها أو العبد يقيم شاهدا على عتق سيده اياه فيحلف الزوج أو السيد ثم يجد الطالب منهما شاهدا آخر فانه يضم له الى شاهده الاول ويبطل يمين الحالف قال ابن الماجشون وبهذا أقول وهو الحق ان شاء الله تعالى وقيل ان جاء بشاهدين سوى الاول قضى له بهما والا فلا وقيل ان جاء بشاهدين قضى له بهما وان جاء بشاهد استؤنف الحكم فيحلف معه انظر المتيطية وهذا الاختلاف اذا لم يعلم بالشاهد الثانى أو كان بعيد الغيبة * ومن ذلك اذا ادعى المطلوب العدم وقال ان المدعى عالم بذلك فله أخذ اليمين الرافعة للدعوى فان نكل المدعى فلا مقال وحلف المطلوب انه ليس له مال ظاهر ولا باطن وهذه اليمين تسمى اليمين المصححة للدعوى والمدعى فى هذه الصورة مدعى عليه انظر المتيطية { تنبيه } وينبغى للحاكم ان يبين للمدعى عليه حكم النكول ان كانت الدعوى فى مال وحكمه ان كانت فى طلاق أو عتق { مسئلة } وقد اختلف فى القضاء بالشاهد والنكول فى الطلاق والعتاق فعن مالك فى ذلك روايتان وقد تقدم بيان ذلك

ذلك المدينة بينهم بحيث يتعذر فيها القدح فيها اربابها وحيل بينهم وبين استغلالها واثبت المبتاع انه غارس فيها قبل قيام من باع عليه صح البيع فى ذلك بالقيمة بعد ارتفاع الانزال بفواته بالمغارسة والا فسخ البيع ان لم تثبت المغارسة قبل القيام ومن قال ان ذلك يفسخ على كل حال ويرد الى البائع قائما كان أو فائتا فقد أخطأ اذ من قول مالك فى العبد الآبق يفوت بما يفوت به البيع ولا فرق بين المسئلتين لاستواء علة الفساد فيهما وهو كون البائع لا يقدر على تسليمه فدخله الغرر وقد كان بعض شيوخنا يجيزه ويقيم اجازة ذلك من كتاب الصرف والغصب من المدونة وان كنا لا نقول بذلك ولكنه يدل على فساد قول من يقول انه يفسخ فات أو لم يفت وقال أيضا فى ذلك فى موضع آخر من مسائله ان اثبت القائم فى العقار ان البيع وقع فيها وهو فى يد المبتاع على سبيل الغصب والتسور عليه وربه ممنوع منه غير قادر على انتزاعه من يده لقدرته على الامتناع من ان يجرى عليه الاحكام فسخ البيع فيه ورد البائع الثمن وان كان العقار بيده وابتاعه بعد ان زال جاهه وأمنت سطوته وصار ممن تجرى عليه الاحكام فابتياعه منه جائز وان كان العقار بيده لم يصرفه الى ربه هذا الذى أختاره وأتقلده مما قيل فى ذلك * ومن باع داره من رجل على ان ينفق عليه بقية عمره لم يجز وفسخ ما لم يفت فيصحح بالقيمة ويرجع على البائع بما أنفق وقال أشهب انه ينفذ ولا يفسخ وكانه على مذهب أشهب التزم ذلك سنين معلومة وهى أقصى مدة التعمير والا فلا وجه له لان الجهالة فى ذلك ظاهرة ويلزم على قول أشهب ان يؤدى ذلك عاش أو مات ويؤخذ من تركة المشترى ان مات فى

{ القسم الثانى من المبيعات الحيوان } وهو رقيق وغيره (فاما) الرقيق فينعقد البيع فيه على وجهين على السلامة

في الباب الثاني

(فصل) وأصل هذا الباب اقامة السبب المقوي للدعوى مقام الشاهد الواحد وبيان ذلك ان الدعوى اذا لم تقم عليها بينة ونكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعي حلف واستحق حقه باجتماع نكول المدعى عليه ويمين المدعي فكما كانت تجب اليمين مع الشاهد وجبت مع النكول فالنكول سبب يقوم مقام الشاهد الواحد واليمين يقوم مقام الشاهد الآخر فيستحق بذلك حقه كما يستحق بالشاهدين فان نكل المدعي عن اليمين فلا شئ له وان اقام على الدعوى شاهدا فنكل الذي قام له الشاهد حلف الآخر وبرئ لان يمينه تكافئ شاهد المدعي فيسقط الطلب فان نكل المطلوب بعد رد اليمين عليه غرم لان نكوله سبب ثان يقوي دعوى الطالب فوجب الحق لاجتماع السببين كما يجب بالشاهدين وحاصله ان الحق لا يثبت بسبب واحد كما لا يثبت بشاهد واحد فتلخص من هذا صورتان الاولى نكول المدعى عليه عن اليمين الرافعة للدعوى حيث لا بينة فتنقلب اليمين على المدعي فان حلف استحق والا فلا شئ له الصورة الثانية ان يكون على الدعوى شاهد فينكل المدعي عن اليمين مع شاهده وترد اليمين على المدعى عليه فان حلف برئ وان نكل غرم

(الباب الخامس في القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء)

(وتسمى أيضا يمين الاستبراء)

وصورة ذلك ان يشهد شاهدان لرجل بشئ معين في يد آخر فانه لا يستحقه حتى يحلف ما باع ولا وهب ولا خرجت عن يده بطريق من الطرق المزيلة للملك وهو الذي عليه العمل والقضاء وعلله الاصحاب بانه يجوز ان يكون باعها من المدعى عليه أو غير ذلك من الاحتمالات ومع قيام الاحتمال لا بد من اليمين (مسئلة) قال ابن راشد ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت أو على الغائب أو على اليتيم أو على الاحباس أو على المساكين وعلى كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال وعلى من استحق شيأ من الحيوان ولا يتم الحكم الا بها (فرع) وفي مفيد الحكام مما نقله من الاحكام للباجي قال أجمع من علمت من اصحاب مالك انه لا يتم لمستحق غير الرباع والعقار حكم الا بعد يمينه قال ورأى بعض مشايخنا ذلك لازما في العقار والرباع وبعضهم لم ير في ذلك يمينا (مسئلة) ويمين المستحق على البت انه ما باع ولا وهب ويمين الورثة على العلم انه ما خرج عن ملك مورثهم بوجه من الوجوه كلها وان ملك جميعهم يعني الورثة باق عليه الى حين يمينهم وهذه التتمة في اليمين تكون على البت (مسئلة) اذا ادعى رجل بدين على ميت وأقام عليه البينة فان كان ورثته كبارا ولم يدعوا دفع الدين من مورثهم ولا من انفسهم ففي كتاب ابن شعبان لا يلزم رب الدين يمين بخلاف ما لو كانوا صغارا فلا بد من اليمين وظاهر ما في النوادر خلافه وقال بعض الشيوخ لا بد من اليمين

من العيوب وعلى البراءة (ويكتب في الوجه الاول) عقد اشترى فلان من فلان مملوكة رومية اسمها كذا أو مملوكة سوداء جناوية أو بربرية اسمها كذا وصفتها كذا بثمن مبلغه كذا ندفعه لاجل كذا وقبض المشتري مشتراه بعد النظر والتقليب والرضى وعلى الصحة والسلامة من العيوب الا عيب كذا أو بعد العلم ان بها من العيوب كذا والسلامة مما عدا ذلك وشهد عليهما بما فيه عنهما من اشهداه به في كذا وبحضر المملوكة وعلى عينها واقرارها بالرق لبائعها المذكور الى عقد هذا البيع وفي التاريخ بيان فائدة من الاعتراف بالرق لانه قد يثبت حريتها والبائع عديم والعبد او الامة ذو مال فيرجع عليهما بالثمن وفي كتاب الاستغناء انه لا قيام له بعد ذلك بالحرية ان ادعاها وقولنا على الصحة والسلامة بيان حسن وان سكت عنه فالبيع محمول على ذلك الوجه حتى ينص فيه انه على البراءة وحكم هذا البيع ان ما ألفى في المبيع من عيب أقدم من البيع رجع به قال ابن فرحون والعيوب في الرقيق على ثلاثة أقسام أحدها ان يكون متعلقا به تعلق ثبوت كالشلل والقطع والكي ونحو ذلك والثاني ان يكون متعلقا به تعلق انتقال كالجنون والبول في الفراش ونحو ذلك والثالث ان يكون بائنا عنه كالسرقة والاباق والزوج ونحو ذلك * فالوجه الاول يرد به المبيع في الظاهر والخفي دون يمين الا ان يكون المشتري نخاسا بصيرا بعيوب الرقيق كثير الاشتغال بهم فلا يرجع بالظاهر من ذلك وفي رجوعه بالخفي قولان أحدهما انه لا رد له رواه ابن حبيب وغيره عن مالك والثاني انه يرده بعد ان يحلف ما رآه قاله ابن القاسم الا ان يكون مع بصره غير متهم لدينه فله الرد في الظاهر والخفي دون يمين (وأما) القسم الثاني وهو ما كان منتقلا والثالث وهو ما كان بائنا فللمبتاع الرد به سواء كان نخاسا كان أو غيره لتساويهما في الجهل بذلك

مخافة طرو دين أو وارث آخر (مسئلة) وفي معين الحكام اختلف فيمن استحق شيأ من الرباع أو الاصول هل عليه يمين ام لا فالذي ذهب اليه مالك رضي الله تعالى عنه وجرى عليه العمل انه لا يمين على مستحق ذلك ووجه قول مالك ان الرباع مما جرت العادة بكتب الوثائق فيها عند انتقال الملك عليها والاعلان بالشهادة فيها فاذا لم يكن عند المدعى عليه شئ من العقود والمكاتب وقامت البينة للطالب قويت حجته واكتفى بالبينة عن احلافه بخلاف سائر المتمولات التي يخفى وجه انتقالها ويقل حرص الناس على المشاححة في كتب الوثائق فيها فتوجهت اليمين لذلك وقال ابن وهب وابن القاسم في كتاب الاستحقاق من العتبية لا بد من يمين من استحق شيأ من ذلك انه ما باع وما وهب كالعروض والحيوان واتفقوا في غير الاصول انه لا يقضى لمستحق شيأ من ذلك حتى يحلف قال ابن سهل وقال ابن كنانة ليس على من أقام بينة في ارض أو حيوان أو سلعة يمين الا أن يدعى الذي ذلك في يديه أمرا يظن بصاحبه انه قد فعله فيحلف ما فعله ويأخذ حقه وهذه قولة ثالثة (تنبيه) قال بعض المتأخرين هذا اذا استحقت من يد غير غاصب وأما ان استحقت من يد غاصب فلا يمين على مستحقها اذا ثبت ملكها له (مسئلة) قال ابن سهل واذا شهد لرجل شاهدان على دين لابيه حلف انه لا يعلم ان أباه اقتضى من ذلك شيأ وان كان شيأ معينا فاستحقه بشاهدين حلف انه ما يعلم ان اباه باع ولا وهب ولا خرج من يده بوجه من وجوه الملك واليمين في ذلك على من يظن به علم ذلك ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك ولا على صغير ومن نكل ممن تلزمه اليمين منهم سقط من الدين حصته فقط قال في رواية يحيى بعد يمين الذي عليه الحق من ابن يونس من قوله واليمين في ذلك (تنبيه) قال ابن سهل ولا يكلف الورثة أن يزيدوا في يمينهم ان الشئ المستحق كان في ملك موروثهم لان البينة قد شهدت بذلك وقطعوا به وقد أنكر هذا على بعض القضاة لما فعله فلا ينبغي للحاكم ان يحكم الا فيما لا بد منه فينبغي التحفظ في هذه الزيادة وشبهها (مسئلة) وفي الطرر من شهد له شاهدان على خط غريمه بما ادعاه عليه والغريم جاحد فلا يحكم له بمجرد الشهادة على خطه حتى يحلف معهما فاذا حلف انه لحق وما اقتضيت شيأ مما كتب به خطه اعطى حقه (تنبيه) من اقام بينة على حاضر بدين فلا يحلف مع بينته على اثبات الحق ولا على انه ما قبضه منه حتى يدعي المطلوب انه دفعه اليه أو دفعه عنه دافع من وكيل أو غيره فحينئذ يحلف قاله في المدونة (فصل) ومما يحكم فيه باليمين مع الشاهدين شهادة السماع قال ابن محرز لا يقضى لاحد بشهادة السماع الا بعد يمينه لاحتمال ان يكون اصل السماع من شاهد واحد والشاهد الواحد لا بد معه من اليمين

(فصل) ومن ذلك أيضا اذا جعل الزوج لزوجته ان غاب عنها أكثر من سنة مثلا فامرها بيدها واشهد على ذلك وغاب فارادت الاخذ بشرطها عند الاجل واثبتت عند الحاكم الزوجية والغيبة واتصالها والشرط بذلك فلا بد ان تحلف انها ما تركت ما جعله بيدها وانه

قدم العيب ارحت البائع اليمين فيحلف في الخفي على العلم انه ما علم بالعيب في المبيع وفي الظاهر قولان أحدهما انه يحلف فيه على البت قاله مالك وابن القاسم والثاني انه يحلف على العلم قاله أشهب فان نكل البائع عن اليمين حلف المشتري قيل على العلم في الظاهر والخفي وقيل على البت في الظاهر والعلم في الخفي وكلا القولين لابن القاسم وقولنا وقبض مشتراه ليرتفع النزاع في ذلك وحضور العبد أو الامة عند الاشهاد بالبيع قبض للمبيع فان ادعى بعد ذلك المبتاع انه لم يقبض حلف البائع وسقط قيام المبتاع بذلك فان كان المبيع أمة من الوخش (فيكتب في ذلك ما نصه) وقبض المشتري مشتراه دون مواضعة اذ هي من وخش الرقيق والوخش ما قيمته دون الستين دينارا والعلية قيمته الستون فاكثر وكذلك ان كانت صغيرة لا يوطأ مثلها بنت ثمانية أعوام أو نحوها فلا يحتاج فيها الى المواضعة ويكتب فيها كما تقدم في الوخش وان كانت من المرتفعات وان كان المبيع أمة من المرتفعات ولم تكن صغيرة كما ذكرا وكانت من الوخش وسيدها مقر بالوطء فيها فلا بد فيها من الاستبراء والمواضعة ويجبران على ذلك (ويكتب في ذلك ما نصه) اشترى فلان من فلان مملوكة صفتها كذا بثمن كذا احال عليه الى ان يبرأ منه بالواجب وتواضعا المملوكة على يد فلانة اذ هي من علية الرقيق أو من خساء وطء البائع وائتمناها عليها ووثقا بها في استبرائها وبعد ان رآها وقلبها ورضيها والتزمها وعلى الصحة والسلامة من العيوب وشهد على المتبايعين والامينة بما فيه عنهم في كذا وسواء كان البائع ممن يتأتى منه الوطء أو لا يتأتى منه الوطء كالصبي والمرأة والخصي لا بد من الاستبراء والمواضعة وكذلك ان كانت الامة آيسة من الحيض لا بد فيها من الاستبراء فان كانت صغيرة في

غاب

غاب أكثر من المدة التى شرطها وهذه يمين استبراء * ومن ذلك اذا اقامت بينة للغريم المجهول الحال بانه معدم فلا بد من يمينه انه ليس له مال ظاهر ولا باطن وان وجد مالا ليؤدين حقه عاجلا لان البينة انما شهدت على الظاهر ولعله غيب مالا * ومن ذلك المرأة تدعى على زوجها الغائب النفقة وتقيم البينة باثبات الزوجية والغيبة واتصالها وانهم ما علموه ترك لها نفقة فلا بد من يمينها على ما هو مذكور فى الفصل الخامس فى التنبيه على احكام يتوقف سماع الدعوى بها على اثبات فصول وضابط هذا الباب ان كل بينة شهدت بظاهر فانه يستظهر بيمين الطالب على باطن الامر قاله فى التوضيح فى باب التفليس

{فصل} قد تسقط يمين القضاء فى بعض الصور قال ابن الهندى اذا اوصى الرجل ان يقضى دينه من ثلثه فلا يمين على صاحب الدين وذلك بمنزلة الوصايا {فرع} أما لو اقر له فى مرضه بدنانير او دراهم أو مالا يعرف بعينه ثم مات وقامت البينة بالاقرار فلا بد من اليمين انه ما قبض ولا وهب ولا استحال وانه لباق الى حين يمينه {فرع} أما لو أقر له بعرض بعينه ثم مات المقر وجب للمقر له أخذ ذلك العرض دون يمين وكذلك كل شئ يعرفه الشهود بعينه فينبغى التفطن لهذه الوجوه انظر ابن سهل

{فصل} ومما يحكم فيه باليمين مع الشاهدين الصداق فى ذمة الغائب وفى المذهب فى ضبط قواعد المذهب لابن راشد الصداق دين والدين لا يؤخذ من مال الغيب الا بعد يمين القضاء {فرع} فلو كانت البنت فى ولاية أبيها فمن الذى يحلف قال المتيطى فى كتاب المفقود واذا قامت المرأة تطلب كالئها وهى فى ولاية أبيها ففيها ثلاثة أقوال المشهور انها هى التى تحلف وقال ابن عتاب وابن العطار وابن القطان لا يمين عليها فى ذلك ولا على أبيها وقال غير واحد من الموثقين ان الاب يحلف دونها وهى عندى أصح لانها لو أقرت بقبضه لم يسقط عن الزوج بذلك ومذهب الشافعى رضي الله تعالى عنه وجوب اليمين

{فصل} يمين القضاء لا نص على وجوبها لعدم الدعوى على الحالف بما يوجبها الا ان أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظرا للميت والغائب وحياطة عليه وحفظا لماله للشك فى بقاء الدين عليه {تنبيه} فاذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف ثانية بالتوهم المحتمل ولا يشبه ذلك اذا كان صاحبه حاضرا وادعى عليه انه قد قضاه بعد ذلك أو وهبه اياه لان اليمين عليه واجبة فى هذا الموضع لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر {تنبيه} قد تتكرر يمين القضاء فى بعض الصور وذلك اذا تأخر القضاء بعد اقامة البينة ويمين القضاء الى ان قدم الغائب المديان واقام مدة ثم مات فانه يجب ان لا يقضى الطالب حقه حتى يحلف ثانية لان الشك ههنا حاصل كما كان أول مرة من الطرر لابن عات * ومن ذلك اذا كان على الغائب دين منجم فاقام الطالب عليه البينة عند حلول النجم الاول وحلف يمين القضاء فلا تعاد عليه اليمين عند حلول النجم الثانى ولا الثالث الا ان يقدم الغائب المديان فى خلال المدة أو بعد النجم بحيث يمكن ان

ممن يوطأ مثلها ولا يمكن الحمل منها ففيها اختلاف روى عن مالك وابن وهب انه لا بد من الاستبراء فيها وقال مطرف وابن الماجشون لا استبراء فيها وانما تستبرأ من قاربت الحلم بل البلوغ وخشى منها الحمل ولا يجوز وضعها على يدى رجل الا ان يكون له أهل يستبرأ عندهم فيجوز (ويكتب فى ذلك ما نصه) وتواضعا المملوكة المذكورة على يدى فلان للاستبراء لتكون عند أهله الى أن يتم استبراؤها وتدخل فى الاشهاد ولا يجوز تعجيل الثمن فى هذا الا تطوعا من البائع فاذا تم استبراؤها وقال الامين ذلك صدق وتجزئ فى ذلك المرأة الواحدة ووجب على المشترى دفع الثمن وتم البيع وقيل لا يجوز فى الاستبراء أقل من امرأتين اثنتين وليس عليه عمل (ويكتب فى ذلك) عقد اشهد فلان وفلان المتبايعان على أنفسهما ان الامينة فلانة ذكرت لهما ان المملوكة المبيعة بكذا حاضت يوم كذا وصح استبراؤها فدفعتها الى المشترى وقبضها وقبض أيضا البائع الثمن وصار عنده وأبرأ كل واحد منهما الآخر من التبعات فى ذلك بمحضر الامينة المذكورة وموافقتها على ذلك وشهد على الثلاثة المذكورين بذلك فى كذا وان كان الاستبراء بالاشهر ذكرت ذلك وانه انقضى أمد استبرائها وكمل لها ثلاثة أشهر من يوم ابتياعها اذ هى ممن لا تحيض فان كانت الامة فى عظم دمها فيجزئ ذلك فى استبرائها (ويكتب فى ذلك ما نصه) وقبض المشترى المملوكة مستبرأة اذ هى فى عظم دمها وعنفوان حيضها وتكمل العقد * فان كان فى آخر حيضها ولم يبق منه الا يوم أو يومان فلا بد من استئناف استبرائها فان ائتمن البائع المشترى على الاستبراء نفذ ذلك الا انه يكره (ويكتب فى ذلك فى وثيقة الشراء ما نصه) ودفع البائع الى المشترى المملوكة المبيعة وائتمنه على استبرائها وهو ثقة به فى ذلك فقبضها

[...] على الوجه المذكور وتكمل للعقد وللبائع عند ابن القاسم أن يبدو له فى ائتمان المشترى على الاستبراء
ويجعلها بيد أمين فان ارتفعت حيضة الجارية المتواضعة وقفت خمسة وأربعين يوما فان تمت ولم يأتها الحيض ردت على البائع
الا ان رضى المشترى بتوقيفها حتى تبلغ تسعة أشهر فله ذلك فان حدث بها استحاضة فى الاستبراء ففى
ذلك قولان أحدهما انها لازمة للمشترى وذلك عيب حادث بعد تمام الاستبراء والثانى ان له الرد بذلك قال ابن حبيب فان ظهر بها حمل فى مدة الاستبراء وقال المشترى اذا لم يكن الحمل منك فانا ألتزمها به فله ذلك وله الرد ان شاء ولا خيار للبائع الا ان يقر بوطئها فيلزمه وتكون له به ام ولد وما كان على الجارية من ثياب رفيعة أو حلى فهو للبائع وما كان عليها من ثياب لباسها ومهنتها فهو للمبتاع الا ان يشترط انتزاع ما عليها وان يدفعها له فى ثياب خلقة فذلك وان اشترط بيعها عريانة فقال مالك البيع جائز ويقضى عليه بما يواريها وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدونة ان الشرط لازم والبيع عليه جائز قال ابن رشد وبذلك مضت الفتيا فى الاندلس * وعهدة الثلاث وعهدة السنة كان يعمل بهما فى الرقيق بالمدينة وهى ان ما يحدث بالمبيع فى ثلاثة أيام من تاريخ التبايع من عيب أو موت أو جناية فهى من البائع وما حدث به بطول سنة من الادواء الثلاثة الجنون والجذام والبرص فهو من
البائع وللمشترى ان يتمسك بذلك ان شاء قال أشهب عن مالك رضى الله تعالى عنه ولا يلزم أهل بلد من
سائر الآفاق ولا أرى ان يحملوا عليها وليتركوا على حالهم الا ان يكون عرفهم وعادتهم فيحكم بها عليهم روى المصريون ان
السلطان يحملهم عليها وتلزمهم وروى المدنيون انها تلزم أهل كل بلد وان لم يعرفوها ولا جرت عادتهم بها وأما من اشترط

يكون بعد ان اقتضى النجم الاول اقتضى منه النجم الثانى أو وكل من اقتضاه فحينئذ يحلف
فتأمل ذلك من الطرر

{الباب السادس فى القضاء بتبدئة المدعى عليه باليمين وتأخير يمين المدعى له من}
{صغير حتى يبلغ أو غائب حتى يقدم وحكم المولى عليه فى ذلك}

وفى مختصر الواضحة قال ابن حبيب أخبرنى مطرف عن مالك رضى الله تعالى عنه فى الصغير
يشهد له الشاهد على رجل بحق ورثه عن أبيه أو صار اليه بوجه ان المشهود عليه ان كان منكرا
لذلك فانه يحلف ان الذى شهد به الشاهد ليس على ثم يترك وسواء كان ذلك مالا أو شيأ
بعينه مثل الدار والعبد أو ماله غلة كل ذلك يسلم الى الحالف ولا يوقف عليه وفى كتاب
محمد يوقف اذا كان المدعى عليه يخشى فقره قال مالك واذا كبر الصغير حلف مع
شاهده وبطلت يمين الحالف أولا واستحق حقه وقبضه ان كان بعينه والا فقيمته يومئذ ان
كان فائتا {تنبيه} ويكتب القاضى للصبى بما صح عنده لينفذه له من يقوم عنده من
القضاة اذ لعل الشاهد يموت أو تتغير حاله عن العدالة قبل بلوغ الصبى فان نكل الصبى
عن اليمين اذا بلغ فلا شئ له واكتفى بيمين المطلوب الاولى على المشهور وفى المتيطية وروى
عن مالك رضى الله تعالى عنه ان الصغير يحلف مع شاهده وهو بعيد شاذ {فرع} أما لو
نكل الغريم أولا عن اليمين كان نكوله كاقراره وأخذ منه الحق ودفع الى ولى الصبى ولا
يكلف الصبى اذا كبر يمينا ولا شيأ {فرع} فان شرك الصغير وارث كبير حلف واستحق
قدر نصيبه ويحلف المطلوب فان نكل عجل حق الطفل ان كان حالا ثم لا يمين له على الصغير
بعد كبره لحكم نفذ وقال ابن حبيب ترد عليه اليمين بعد كبره ورشده فان حلف قضى له به وان
نكل رد على المطلوب ما صار اليه منه فان كان الغريم يوم بلغ الصبى وحلف على حقه عديما
فينظر فان كان الغريم يوم أخذ الكبير حقه لا شئ له الا ما أخذ رجع الصغير على أخيه
بنصف ما كان أخذ بعد عينه وفى كتاب ابن المواز قيل فكيف يحلف الصغير على ما لا يعلم
قال لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذى يتيقن به فحينئذ يحلف قال مالك رضى الله تعالى عنه
ويحلف على البت ان هذا الحق لحق من رسالة القضاء والاحكام {فرع} قال ابن القاسم
فى الصبى يقوم له شاهد واحد بحق فيستحلف الحاكم المطلوب فيحلف فلما كبر الصبى قيل
له احلف مع شاهدك وخذ حقك فاراد تحليف المطلوب ثانية فليس له ذلك وأما المولى
عليه اذا قام له شاهد واحد على حقه قضى له باليمين مع الشاهد فان حلف أخذ الحق ودفع
للوصى عليه أو وليه وان نكل عن اليمين لم يبطل ذلك حقه ويحلف المدعى عليه ويبقى
المولى عليه على حقه حتى يرشد فان نكل عن اليمين لم يكن له شئ ولم تعد اليمين على
المطلوب وكان ابن القاسم وأصبغ يجعلان المولى عليه كالكبير الرشيد ان حلف مع شاهده
استحق حقه وان نكل بطل حقه قال ابن حبيب وبالاول أقول وهو قول ابن كنانة ومطرف

وانما

ذلك فان كان في بلد عرفهم البراءة فهي لازمة على كل حال وانما الخلاف في البيع اذا وقع منهما وسكت عنها وهذا انما يكون في البيع على الوجه المتقدم وأما ان كان على البراءة فلا يكون فيه شيء من ذلك {فصل} والبيع على الوجه الثاني وهو على البراءة جائز في الرقيق عند الجمهور (ويكتب في ذلك) عقد اشترى فلان من فلان مملوكة اسمها كذا وصفتها كذا بثمن كذا وتبني على ما تقدم في الثمن والاستبراء وغيره ثم تقول وبعد ان رأى المبيع وقلبه وعلم ان من عيوبه كذا فرضيه والتزمه على البراءة مما عدا ما سمي من العيوب أو على البراءة من جميع العيوب وشهد في كذا {بيان} المبيع على البراءة فيه ثلاثة أقوال أحدها انه جائز في كل شيء وهو قول ابن وهب ورواية ابن حبيب عن مالك والثاني انه لا يجوز في شيء من الاشياء ولا يبرأ الا مما يقف المشتري عليه ذكره القاضي عبد الوهاب والثالث انه جائز في الحيوان مطلقا وهو في الموطأ والرابع انه يجوز في الرقيق خاصة وهو في المدونة واليه رجع مالك وعليه جمهور أصحابه وروى عن مالك رضي الله تعالى عنه انه لا تكون البراءة الا في العيب الخفيف وقال المغيرة ان جاوز ثلث الثمن فلا تجوز البراءة منه وبما في المدونة القضاء وما باعه السلطان بأمره في تفليس أو قضاء دين أو على صغير أو غير ذلك فهو بيع براءة وان لم يشترطه في كل شيء وروى ذلك ابن حبيب عن مالك وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ وغيرهم وقيل انما ذلك في الرقيق خاصة وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك وما باعه الوصي على الورثة فلا يكون بيع براءة الا ان يشترطوا ذلك فيما تجوز فيه البراءة وقيل ان بيعهم بيع براءة في كل شيء ان لم يشترطوه وحكم بيع البراءة انه اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فان أقر به البائع أو ثبت انه علم به قبل البيع رجع به

وانما قلنا ان المولى عليه يحلف مع شاهده احياء للسنة الواردة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر المتيطية {فرع} واذا ادعى المولى عليه حقا على رجل فلم تقم له بينة فوجبت اليمين على المطلوب لرفع الخصومة فردها على المولى عليه فقال ابن الهندي في وثائقه لا يحلف المولى عليه وانما يحلف مع الشاهد العدل من جهة احياء السنة ويلزم المدعى عليه اذا رد اليمين على المولى عليه الغرم بنكوله ويرجى له اليمين على المحجور حتى يرشد قال ابن سهل في أحكامه وفي هذا عندي نظر والصحيح أن يحلف المولى عليه اذا رد المطلوب عليه اليمين ويأخذ حقه كما يحلف مع شاهده ولا وجه لارجاء اليمين وقد رضي بها منه بنكوله عنها ذكرها المتيطي وهي في أحكام ابن سهل أتم {فرع} واذا مات رجل وله ورثة كبار وصغار وترك ذكر حق وليس فيه الا شاهد واحد فان الكبار يحلفون كلهم مع شاهدهم ويستحقون حقهم وأما الصغار فيقال للغريم احلف ان الذي شهد به عليك الشاهد باطل وانه ليس عليك فان نكل أخذ منه حق الصبي ودفع الى وليه وان حلف أقر حق الصبي بيده فاذا بلغ الصبي حلف وأخذ فان نكل عن اليمين لم يكن له شيء

{فصل} وأما الغائب يقوم له وكيله في اثبات حق ويشهد في ذلك الحق شاهد واحد فحكمه حكم الصغير يقوم له شاهد بحق والواجب في ذلك ان يحلف المدعى عليه وتؤخر يمين الموكل حتى يقدم وان كانت غيبته قريبة كتب اليه وكذلك لو كان القائم للغائب ولده فان مالكا رضي الله تعالى عنه قال ان له طلب الغريم بغير وكالة فاذا أقام شاهدا وعجز عن الآخر حلف الغريم وترك حتى يقدم الغائب فيحلف مع شاهده وقد ذكرت هذه المسئلة فيمن يسمع الحاكم من بينته ومن لا يسمع منه البينة {فصل} وأما المعتوه فان المدعى عليه يحلف ويبرأ وان نكل غرم فان حلف المطلوب ثم بعد ذلك عقل المعتوه فانه يحلف ويستحق حقه مع الشاهد والله سبحانه وتعالى أعلم

{الباب السابع في القضاء بشاهد المولى عليه مع يمين وليه}

ويحلف الاب مع الشاهد في حق ابنه اذا كان هو الذي تولى المعاملة له وان نكل الاب غرم وان لم يكن الاب هو المتولي للمعاملة لابنه ففي ذلك ثلاثة أقوال قال ابن راشد أحدها أن الصبي يحلف وهو شاذ وقال ابن كنانة يحلف أبوه وقال ابن المواز يحلف المطلوب وهو المعروف {فرع} وفي المقنع لابن بطال قال مالك رضي الله تعالى عنه ومن زوج ابنته الصغيرة من صبي فمات الزوج وطلب أبوها الميراث والمهر فان كان لها شاهد حلفت مع الشاهد اذا كبرت قال ابن المواز وذلك ما لم يدع الاب التسمية مع الشاهد فان ادعاها حلف وان لم يحلف ضمن اذ لم يتوثق لها بشاهدين ولها ان تدع أباها وتحلف مع شاهدها ولها ذلك في موت الاب وعدمه {فرع} وفي المتيطية اذا اختلف الزوجان في عدد الصداق قبل البناء من غير موت ولا طلاق فالقول قول المرأة مع يمينها ان كانت رشيدة

والافقول من عقد النكاح من أب أووصى أوولى يعنى مع يمينه وهى المبدأة باليمين أو أبوها على المشهور وقيل يبدأ الزوج باليمين وهو مروى عن مالك أيضا ﴿فرع﴾ اذا زوج الاب ابنه البالغ المالك لامره وهو حاضر صامت فلما فرغ قال لا أرضى وانما صمت لانى أعلم ان ذلك لا يلزمنى فادعى أبو الصبية ان مخبرا أخبره ان الابن أمر أباه بذلك فعلى الزوج اليمين فان نكل حلف والد الزوجة وثبت النكاح من المتيطية فى اجبار الاب ابنته

﴿فرع﴾ لو كان الصبى فقيرا لا مال له وانما ينفق عليه أبوه وطلب الاب ان يحلف مع الشاهد على حق لولده فروى ان له ذلك وأشار فى الموازية الى انه لا يمكن من ذلك ورآه كالحالف ليملك غيره ما يدفع به عن ماله ﴿فرع﴾ اذا لم يكن عرف البلد ان الزوج يدفع الصداق قبل البناء أو كان عرف البلد انه لا يدخل الا بعد الدفع فادعى بعد البناء انه دفعه بعد البناء فان كانت المرأة مالكة أمر نفسها حلفت والا حلف الاب أو الوصى وغرم الزوج من المتهاية ﴿فرع﴾ اذا ادعى الزوج انه وجد الزوجة ثيبا وأكذبته فاليمين له عليها ان كانت مالكة أمر نفسها أو على أبيها اذا كان لها أب ويحلف أنه ما وجدها ثيبا وما ألفاها الا بكرا ويلزم النكاح فان لم تكن فى ولاية أبيها فاليمين عليها الا على الاب والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿الباب الثامن فى القضاء بشاهد العبد ويمين سيده﴾

وفى مختصر الواضحة قال ابن حبيب قال لى مطرف وابن الماجشون فى العبد المأذون يقيم شاهدا واحدا على حق فيأبى ان يحلف مع شاهده فيريد سيده ان يحلف مع الشاهد ويستحق حق عبده فليس ذلك له ما كان العبد قائما لان نكوله عن اليمين كاقراره واقراره جائز ولكن لو مات العبد كان للسيد ان يحلف مع شاهد عبده ويأخذ المال. ﴿فرع﴾ وفى مختصر الواضحة قال فضل بن سلمة اذا أمر عبده يدفع دين على السيد الى رجل فانكر المدفوع اليه وقد قام للعبد شاهد ونكل العبد عن اليمين حلف سيده وفى ابن يونس ان نكل العبد وجب ان يحلف السيد مع الشاهد لانه لم يدفع عن نفسه بشاهد قام له وفى الطرر على التهذيب لابى ابراهيم الاعرج فى الكلام على هذه المسئلة قال ابن وضاح قيل لسحنون فان نكل العبد أيكون للسيد ان يحلف قال نعم لانا نتهم العبد ان يكون أراد ابطال مال سيده وفى كتاب الجدال لابن القاسم ومالك لا يحلف السيد وفى التفسير ليحيى عن ابن القاسم ان نكل العبد حلف السيد فيكون عن ابن القاسم قولان

﴿الباب التاسع فى القضاء بشاهد الوكيل ويمين الموكل﴾

وفى مختصر الواضحة قال ابن حبيب قال لى مطرف وابن الماجشون واصبغ فى الرجل يوكل الوكيل على دفع دينه عنه الى رجل وكان وكيلا مفوضا اليه فدفعه بشاهد واحد وجحد

ربن القصار يحلف على العلم فى الظاهر والخفى وانما يفترق ذلك فيما يبيع بالعهدة قال ابن رشد ولا كان ينبغى انه كان يفرق بينهما هنا أو يفرق بينهما بان يقال يحلف فى الظاهر على العلم ولا يمين عليه فى الخفى فان كان العيب مما يقدم ويحدث قال بعضهم فالوجه ان يقال للبائع احلف انك لم تعرفه ولا تحتاج ان تثبت قدم العيب وهو قول ابن القاسم فى العتبية وقيل لا يحلف حتى تثبت قدم العيب وهو قول ابن حبيب فى الواضحة ومثله فى كتاب ابن المواز وسواء قال المبتاع ان البائع علم بالعيب أو سكت أو قال لا علم لى هل علم بذلك أم لا اليمين واجبة فى ذلك على المشهور من المذهب وروى يحيى عن ابن القاسم انه لا يمين عليه حتى يدعى علمه بالعيب فان نكل البائع عن اليمين رد عليه المبيع ولم ينتقل اليمين الى المبتاع منه ملك وروى عن ابن القاسم ان المبتاع يحلف على علمه فان اشترط سقوط اليمين عنه فى ذلك فله شرطه ولا يمين عليه قال بعض الشيوخ ومن لم ير اشتراط سقوط اليمين فى التصديق فى القبض ألزم اليمين هنا على كل حال ولا تجوز البراءة الا فيما طال مكثه عند البائع واختبره فأما ما لم يطل مكثه فان مالكا وأصحابه كرهوا بيعه بالبراءة فمرة قال اذا وقع مضى ومرة أبطل البراءة وكذلك لا يجوز له ان يتبرأ من بعض العيوب دون البعض وانما سنة البراءة ان يتبرأ من جميع ما لم يعلم من العيوب فما كان خلاف ذلك فليس من سنة البراءة ﴿فصل بيع الحيوان غير الرقيق﴾ وأما الحيوان غير الرقيق ﴿فيكتب فيه﴾ عقد اشترى فلان من فلان كرسا نعته كذا أو جمارا لونه كذا أو كذا وكذا رأسا من الضأن أو من المعز مختلفة

القادض

القابض فابى الوكيل ان يحلف مع الشاهد لم يكن ذلك له ما كان الوكيل مليا لانه ضامن ذلك للموكل حين فرط ولم يشهد وصار نكول الوكيل كاقراره أنه لم يدفع ذلك اليه واذا كان الوكيل مفلسا فعند ذلك يجوز للذى وكله ان يحلف مع الشاهد ويبرأ لانه صار كغريم الغريم وفى المطرز لابى ابراهيم الاعرج عن ابن القاسم قولان فى يمين الموكل اذا نكل الوكيل عن اليمين ثم قال فان نكل الوكيل وكان عديما فكالعبد يحلف الموكل ويبرئ ولكنه ينبغى متى ايسر الوكيل حلف الذى عليه الدين ورجع على الوكيل وان كان الوكيل مليا ونكل حلف الذى عليه الدين وبرئ وغرم الوكيل للذى له الدين ﴿مسئلة﴾ وفى المقنع لابن بطال قال ابن كنانة فيمن أمر رجلا ان يشترى له جارية أو سلعة ففعل فقام له بذلك شاهد والبائع منكر فانه اذا اقامت للآمر بينة على أنه أمره ان يشترى له جارية حلف مع شاهد وكيله وان لم تقم له بينة فاليمين على الوكيل والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿الباب العاشر فى القضاء ببينة الموكل ويمين الوكيل﴾

وفى مختصر الواضحة فى الرجل يكون بمصر وله حق على رجل من أهل افريقية فوكل صاحب الحق وكيلا يقتضى من الغريم حقه فلما اتاه بكتاب القاضى الى القاضى وثبتت وكالته ادعى الذى عليه الحق انه قد دفع الى صاحب الحق حقه وسأل ان يؤخر قبض ذلك منه حتى يستحلف صاحب الحق بمصر فقال ابن عبدوس قال ابن كنانة لا أرى ذلك له ولكن على الوكيل اليمين بالله ما علمت انه قبض منه شيأ ثم يقبض منه الحق الا أن يكون صاحب الحق قريبا على اليومين أو نحو ذلك فليكتب اليه فيحلف وكان ابن القاسم يقول فى مثل هذا انه لا يحلف الوكيل ولكن ينتظر حتى يجتمع بصاحب الحق فيحلف وقال غيره لا ينبغى للقاضى ان يكتب للطالب الكتاب حتى يحلفه انه ما اقتضى من الحق شيأ استقصاء لحجج الغائب وفى معين الحكام اذا توجه الوكيل لطلب الغريم فى غير بلد الموكل فادعى الغريم انه دفع للموكل جميع الدين أو بعضه فان كانت غيبته قريبة على مسيرة اليومين ونحوهما أخر حتى يكتب اليه فيحلف وان كانت غيبته بعيدة لم يؤخر وقضى عليه بالدين قاله محمد بن عبد الحكم وهو معنى قول ابن القاسم فى سماع عيسى وقول أصبغ وروى فى المجموعة وغيرها عن ابن كنانة وابن القاسم ان الوكيل يحلف على العلم فى الغيبة البعيدة وحينئذ يقضى له قال بعض المتأخرين يمكن ان يكون انما حلف الوكيل هنا لان له أجرة على تقاضى الدين وفى المذهب لابن راشد واذا كانت مخاصمة المطلوب مع وكيل الطالب فقال موكلك ابرأنى فقال ابن كنانة يحلف الوكيل ما علم براءته ويأخذ المال الا أن يكون موكله قريبا فيكتب اليه فيحلف ﴿تنبيه﴾ وهذا حكم الوكيل القائم بالوكالة وأما لو كان القائم على الغريم هو ابن صاحب الدين وقلنا له القيام والطلب بغير وكالة فاقام شاهدا واحدا وعجز عن آخر لم يحلف مع الشاهد قولا واحدا وحلف الغريم بالله انه

مشتراه ... بعد التقليب والرضى والعلم بأن من عيوبه كذا فرضيه والتزمه وشهد عليهما بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ ان ادعى المبتاع انه ابتاع الدابة بسرجها ولجامها وأنكره البائع تحالفا وتفاسخا فى قول ابن القاسم ما لم يفت واذا لم ينص فى العقد على قبض المشترى للدابة فليس حضورها بموجب لان يكون القول قول البائع فى ذلك كالرقيق وعلى البائع اقامة البينة بالدفع ان أنكر المشترى قبضها فان لم تقم بينة حلف المبتاع انه لم يقبضها واسترجع الثمن فان كان مقودها فى يد المبتاع حين البيع وانفصلا على ذلك فلا كلام له بعد ذلك قال ابن فتحون وله مع ذلك احلاف البائع بانه دفعها لاحتمال ان يكون قدم على بيعها فغيبها ليرد الثمن وينفسخ البيع ويجوز للبائع استثناء ركوب الدابة أو سخرة الثور أو نحو ذلك اليوم واليومين فان اشترط أكثر من ذلك فلا خير فيه وهو فى ضمان البائع حتى يقبضها المبتاع وكذلك لا يجوز للبائع ان يشترط على المشترى ان تبقى الدابة رهنا فى الثمن الى أجله وكذلك سائر الحيوان والعروض والبيع على ذلك مفسوخ روى ذلك ابن وهب عن مالك فى الحيوان وقاله ابن القاسم فى العروض قال ابن رشد وذلك جائز فى الاصول كلها لانه يجوز ان تباع على ان تقبض الى أجل قال فان وضعت هذه الاشياء التى لا يجوز ارتهانها عند بيعها على يدى عدل كان ذلك جائزا وقد قيل انه لا يجوز ان يبيع الرجل شيأ من الاشياء على ان يكون رهنا بحقه الى الاجل وان وضع ذلك على يدى عدل وهو قول أصبغ ورواه عن أشهب من سماع سحنون ولا يجوز ان يبتاع الرمكة أو البقرة على انها حامل وكذلك الجارية وغيرها من الحيوان [illegible]

برئ من هذا الدين فان حلف برئ الآن من المعارضة له وان نكل عن اليمين أخذ الحق منه معجلا

﴿الباب الحادى عشر فى القضاء بشاهد المفلس ويمين الغرماء﴾

واذا شهد للمفلس بعد فلسه شاهد بحق ونكل المفلس عن اليمين حلف معه الغرماء وأخذوه فان نكل منهم أحد فليس له أن يحاص فيما أخذ من حلف وقال ابن الماجشون يكون لمن حلف منهم بقدر نصيبه منه وقال ابن عبد الحكم يكون جميع الدين بين من حلف منهم ﴿مسئلة﴾ واختلف ان أقام المفلس شاهدا انه قضى بعضهم ونكل عن اليمين مع الشاهد هل يحلف الغرماء مع الشاهد ام لا ﴿تنبيه﴾ وفى مختصر الواضحة وانما يحلف كل واحد منهم على ان الذى شهد به الشاهد حق على جميع الحق وليس على ما ينوبه منه ومن نكل فليس له شئ كما تقدم ومن رجع منهم بعد نكوله فهل يقبل رجوعه ويحلف أولا يمكن من الحلف قال ابن الماجشون يمكن وقال مطرف لا يمكن من ان يحلف ولا يقال وجه قول ابن الماجشون ان نكوله ليس بنكول وليس كنكوله عن حق نفسه لانه يقول ظننت ان الغريم سيحلف ويكفينا عن الحلف أو أردت ان أكشف عن علم ذلك قال ابن حبيب وقول ابن الماجشون أحب الى وبه أقول ﴿فرع﴾ وفى الواضحة قال مطرف وابن الماجشون ومن عليه دين فاقام شاهدا بدين له على رجل ونكل عن اليمين فليس لغرمائه ان يحلفوا مع الشاهد ويأخذوا ذلك الدين فى حقوقهم ما كان قائم الوجه ولم يفلس لان اقراره جائز فنكوله كاقراره فاما ان فلس حتى لا يجوز اقراره فلغرمائه ان يحلفوا اذا نكل ويستحقوا ذلك ﴿مسئلة﴾ واذا هلك رجل وله دين له عليه شاهد واحد وعليه دين للناس فللورثة ان يحلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين فاذا حلفوا اخذوا المال قضى منه الدين واخذوا الباقى ميراثا وليس للغرماء اجبارهم على اليمين فان ابى الورثة ان يحلفوا فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل بعد استيفائهم لم يكن للورثة ان يحلفوا عليه ولم يكن لهم شئ منه لان الايمان عرضت عليهم اولا فتركوها الا أن يقولوا لم نكن نعلم انه يفضل لصاحبنا فضل ونعلم ان نكولهم من اجل ذلك فيحلفون ويأخذون ما بقى من دينه قال مالك ومن نكل من الغرماء بطل قدر حقه من ذلك الدين ولم يجز عنه يمين غيره من الغرماء وكذلك من نكل من الورثة فلا شئ له من ذلك الدين ولم تجز عنه يمين غيره من الورثة ﴿تنبيه﴾ قال فضل قال سحنون انما بدأ الورثة باليمين لان الدين لم يكن ثبت على الميت للغرماء وأما لو كان دين الغرماء ثابتا معروفا كانوا هم المبدؤن باليمين لان الحق لهم دون الورثة ﴿مسئلة﴾ قال ابن حبيب سمعت مطرفا وابن الماجشون يقولان فى الرجل يقتل خطأ وعليه دين يحيط بماله فيأبى ورثته ان يقسموا ان لاهل دينه ان يقسموا ويأخذوا ديته فى دينهم اذا كان دينهم يحيط بديته وينزلون فى

على حال وانما هو داخل بنفس العقد واذا كانت الامة حاملا قد قربت للوضع فيجوز بيعها على الاصح وكذلك المريض المخوف بخلاف من فى السياق فلا يجوز بحال وتجوز المعاوضة فى الحيوان كالرقيق وغيره وابتياع بعضهم ببعض رأسا برأس أو أكثر من ذلك بزيادة عين أو غيره ودون زيادة وكذلك يجوز تصبيره فى الديون الا ما كان من الرقيق لابد فيه من المواضعة فلا يجوز فى التصبير انه يدخله الدين بالدين وكذلك يجوز بيع الحيوان كله الآبق والغائب من الرقيق على الصفة أو على رؤية متقدمة فان كانت الصفة من غير البائع جاز وان كانت من البائع فلا يجوز الا بشرط النظر اليه بعد ذلك والرؤية كذلك لا تجوز الا ان تكون فى مدة لا يتغير فيها المبيع والا لم تجز وان جاء على خلاف الصفة فالمشترى مخير فى الفسخ والامضاء فان ادعى المبتاع انه تغير عما علمه وانكر البائع فقال ابن القاسم فى المدونة القول قول البائع مع يمينه وقال أشهب القول قول المبتاع والآبق ان كان بمكان معلوم جاز بيعه كذلك والا فلا فان كانت فيه خصومة فقال سحنون لا يجوز بيعه وأجاز غيره بيع ما فيه الخصومة من الاصول وغيرها والضمان فى ذلك على البائع الى ان يقبضه المشترى وقيل عكسه ولا تجوز الاقالة فيه عند مالك وابن القاسم لان الثمن قد ثبت عليه فلا يجوز ان يصير فيه شيأ غائبا لا يتنجز قبضه ويدخله الدين بالدين ويجوز بيعه من غيره اذا لم ينقد ولا

ذلك منزلة الورثة اذا أقسم بعضهم وابى بعضهم وقاله اصبغ وابن نافع ﴿مسئلة﴾ ولو مات رجل وعليه ديون للناس فشهد له شاهد واحد بدفع بعض الديون فاراد الغرماء ان يحلفوا مع شاهد غريمهم أو كانوا ورثة فليس ذلك لهم ولا يشبه ان يكون لغريمهم شاهد واحد على دينه هنالك يحلفون ان حقهم حق وقد صار ذلك لهم وهنا لو حلفوا فانما يحلفون لقد دفع كذا وهذا من الغيب الذى لا يقبل حلفهم عليه ولا يحل لهم وهذه المسئلة نظيرة مسئلة المفلس ونقل المتيطى فى تلك الخلاف

﴿الباب الثانى عشر فى القضاء بشاهد ويمين احد المدعين﴾

واذا قام جماعة فى صدقة تصدق بها عليهم ومنهم الحاضر والغائب والصغير والكبير فقاموا يطلبون صدقتهم من ورثة الموصى ولم يجدوا عليها الا شاهدا واحدا فانه يحلف رجل منهم ممن حضر مع شاهدهم ويستحق الصدقة لجميعهم وليس عليهم ان يحلفوا كلهم كما يحلف الورثة فى ذكر الحق وليس هذا مثل ذلك قاله فضل فى مختصر الواضحة وفى المتيطية ان كانت الصدقة او الحبس على بنى فلان فروى ابن الماجشون عن مالك انه يحلف الجل معه أى مع الشاهد وتنفذ لجميعهم والجل ما زاد على النصف ثم ذكر ما تقدم عن مختصر الواضحة ﴿فرع﴾ وأما اذا اوصى للمساكين أو لابناء السبيل أو لبنى تميم أو لقريش أو للانصار فلا خلاف انه لا يمين فى ذلك مع الشاهد وانما الخلاف اذا أوصى لمن يحصرهم العدد كآل فلان أو مساكين آل فلان فهى المسئلة التى اختلف فيها هل يحلف الجل أو يكتفى فيها بواحد وفى معين الحكام وقيل لا يمين فى ذلك مع الشاهد قال ويقوم ذلك من كتاب الوصايا الثانى من المدونة فى الذى يوصى لأخواله وأولادهم ﴿فصل﴾ ويلحق بهذا الباب ما ذكره مالك رضى الله تعالى عنه فى رسالة القضاء قال ولو ان رجلا أوصى لرجل بثلث ماله فوجد للميت كتاب بذكر حق له على رجل لا يشهد عليه الا شاهد واحد فانه يحلف الموصى له بالثلث مع الشاهد ويأخذ ثلث ذلك الدين لان الموصى له بمنزلة الوارث فى ذلك والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿الباب الثالث عشر فى القضاء ببينة المدعى بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه﴾

اذا ادعى رجل قبل رجل مالا ودعا الى يمين المطلوب فحلف له ثم زعم انه وجد بينة تشهد له بما ادعاه ولم يكن يعلم بها فانه يحلف انه ما علم بها فى حين استحلافه ثم يسمع الحاكم من بينته وقد جاء عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه البينة العادلة احق من اليمين الفاجرة ﴿تنبيه﴾ واذا حلف انه ما علم ببينته فلا فرق بين ان تكون يوم حلف المدعى عليه حاضرة أو غائبة ﴿فرع﴾ أما ان استحلفه مع علمه ببينته تاركا لها اما تصريحا أو معرضا عنها وهى حاضرة أو غائبة فلا حق له ﴿فرع﴾ وفى الثمانية لابى زيد قال مطرف وابن الماجشون ومن

يجوز ان يفرق بين الامة وولدها الصغير فى البيع بخلاف غيره من الحيوان فان وقع ذلك فقيل يفسخ البيع وقيل يجبران على جمعهما فى بلدة وبذلك القضاء فان رضيت الام بالتفرقة ففى ذلك قولان واختلف فى الحد الذى يجوز فيه ذلك فقيل الاثغار وهو نبات رواضع الصبي بعد سقوطها وهى رواية ابن القاسم وبها القضاء وقيل البلوغ فى الذكر والانثى وقال ابن عبد الحكم لا يفرق بينهما وان بلغ فان كان التفريق بهبة أو غيرها مما لا عوض فيه ففى ذلك وقيل ان جمعا فى حوز واحد جاز وهو قول مالك فى المدونة وكذلك الرهن اذا جمعهما فى حوز المرتهن ويجوز بيع كلب الحرث والماشية وفى كلب الصيد والسباع قولان وعلى من قتل الكلب المأذون فى اتخاذه قيمته وأما غير المتخذ من الكلاب فلا يجوز فيها بيع ولا شراء (واختلف) فى جلد الميتة فاكثر العلماء على ان الدباغ يطهره طهارة كاملة يجوز بها بيعه والصلاة عليه وهو قول الشافعى وأبى حنيفة رضى الله تعالى عنهم وأحد قولى مالك وقول ابن وهب من أصحابه والمشهور من مذهب مالك رضى الله تعالى عنه وجل أصحابه ان الدباغ لا يطهره طهارة كاملة لكنه يجوز استعماله فى اليابسات والماء وحده من المائعات ولا يباع عنده ولا يصلى عليه وسواء كانت الميتة من جنس ما يؤكل لحمه كالانعام أو مما لا يؤكل لحمه كالحمر الانسية الحكم فى ذلك واحد عند مالك رضى الله تعالى عنه وأما جلد الخنزير فهو نجس عند كافة العلماء وان دبغ وقال داود بطهارتها اذا دبغ لعموم الحديث ويجوز بيع الشاة أو البقرة ويستثنى البائع الثلث منها باتفاق واستثناء ثلاثة أرطال من الشاة فأدنى والى ذلك رجع ابن القاسم بعد منعه فان ابى المشترى من الذبح اجبر عليه ولا يجوز ان يعطى فى ذلك لحما من غيرها على الاصح ولو استثنى الجلد أو

المسافر دون الحضر ولا يجبر على الذبح وعليه القيمة فان مات هذا المستثنى منه قبل الذبح فقيل يضمن المشتري ذلك مطلقا وقيل
يضمن الجلد والرأس دون ما استثنى من اللحم وغيره { العيوب في الرقيق وغيره والرد بها } كل عيب

استحلف رجلا في حقه وهو عالم ببينته وهي حاضرة معه فحلف له لم يضره استحلافه اياه وله القيام بها ويقضى بها الآن من حجته أن يقول ظننت انه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين وانه يقر له حينئذ وقال ابن الماجشون أراه آثما حين ألجأه الى اليمين وله بينة حاضرة { تنبيه } قال المازري قال جماعة من اصحاب مالك رضي الله تعالى عنه ان المدعي اذا استحلف المدعى عليه على دعواه ثم وجد المدعي شاهدا واحدا فلا يحلف معه لان المدعى عليه قد برئ من الدعوى بيمينه فلا يكتفى بشاهد ويمين في ابطال يمين المدعى عليه ولا يثبت حقه الا بشاهدين وقيل يحلف معه { فرع } قال سحنون القول قول صاحب الحق انه لم يعلم ببينته مع يمينه وهذا اذا ادعى المدعى عليه انه كان عالما ببينته وحدا الآخر وروى اشهب وابن عبد الحكم عن مالك ان له القيام وان علم ببينته { تنبيه } قال في المتيطية ومن الحزم للمدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه ان يلزم المدعي انه قد اسقط بينته ما علم منها وما لم يعلم فان عقد على نفسه مثل هذا لم يكن له ان يقوم عليه بعد يمينه بالبينة { فرع } فاذا ادعى ان بينته غائبة وأراد ان يستحلف المدعى عليه وان يكون على بينته اذا قدمت فان زعم ان البينة بموضع قريب وانه يقيمها في اليومين والثلاثة أخرت اليمين فان أحضر البينة والا كان عليه ان يحلف له على ترك البينة وأسقاطها وان زعم ان بينته بموضع بعيد حلف المدعى عليه وكان على بينته يقيمها اذا حضرت { تنبيه } وفي المتيطية وانما يكون للمدعي ان يحلفه اذا ادعى ان بينته بموضع بعيد بعد ان يحلف ان بينته بموضع بعيد ويسمي البينة وقاله ابن الهندي في وثائقه قال وقد كان أبو ابراهيم اسحق بن ابراهيم التجيبي لا يحلف المدعي وانما يقول له سم بينتك وأشهد انك لا بينة لك غيرها فاذا فعل لم يكن عليه أكثر من هذا ويحلف المدعى عليه ويبقى المدعي على اقامة من سماه فان كانوا عدولا وشهدوا ولم يكن للمدعى عليه فيهم مدفع حكم عليه بهم والا لم يكن للمدعي شيء قال وحضرته يفتي بهذا مرارا { مسئلة } وفي مختصر الواضحة ولو كان المدعي لا شاهد له وطلب يمين المدعى عليه فنكل عن اليمين فرجعت اليمين على المدعي فحلف وأخذ ثم ان المدعى عليه وجد البينة على براءته من ذلك الحق فانه يبرأ ويرجع الى ما أخذ منه فيأخذه { فرع } ولو كان المدعي حين رجعت اليمين عليه نكل عنها ولم يعط شيئا لنكوله ثم وجد البينة على ان دعواه حق فانه يأخذ ببينته ولا يمنعه من ذلك نكوله عن اليمين حين ردت عليه { فرع } وفي الطرر لابي ابراهيم ولو ان رجلا له على رجل مالا فانكره ولصاحب الحق بينة قد علم بها فصالحه ببعض الحق ثم حضرت البينة فليس له ان يرجع عليه بشيء { فرع } ولو صالح الطالب المطلوب على شيء لبعد غيبة البينة فلا قيام له بالبينة اذا قدمت لانه قد رضي بما قد أخذ { تنبيه } قال في التهذيب ان الغيبة القريبة مثل اليومين والثلاثة وقال مثل ذلك فيمن ادعى عبدا بيد رجل وذكر ان له بينة قريبة مثل اليومين والثلاثة وسأل وضع قيمة العبد ليذهب به الى بينته لم يكن له ذلك وان أتى بشاهد أو بسماع وادعى شهودا حضورا وسأل ايقاف العبد أوقف العبد له نحو الخمسة ايام .

ينقص من الثمن فالرد به واجب كان متعلقا بالمبيع كالجذام وشبهه أو بأثناء عنه كالسرقة ونحو ذلك فان كان العيب مما لا يكفي في تحققه الاخبار عنه كالاباق الفاحش والشجة التي لها عمق والدبرة المجوفة فلا بد من تمييز ذلك والوقوف عليه ولا يكفي ان يسمي له العيوب حتى يريه اياها ويقف عليها المشتري وكذلك لا ينفعه ان يتبرأ من كل شيء ولا يسمي شيئا حتى يسمي العيب ويقف عليه المشتري واذا كان في عقد البيع انه قلب ورأى فانه يقوم بالخفي ولا قيام له بالظاهر وان لم يشهد عليه بذلك فله القيام بالظاهر والخفي فان تبرأ اليه بالعيب بعد انعقاد البيع فان كان ظاهرا بالمبيع وأراه اياه فللمشتري بالخيار بين ان يلتزمه أو يرد المبيع وان كان خفيا ولا سبيل له الى رؤيته فلا يلزم المشتري وله القيام متى عثر عليه بعد ذلك وقيل تؤخذ منه قيمته ويوقف الى أقصى ما يتبين فيه العيب قال ابن مغيث وهذا القول ليس بشيء فان أراد المشتري بعد ذلك الرجوع فيه فليس له ذلك الا ان يستمر البائع على
الاقرار به ويشهد في العيوب أهل المعرفة بها عدولا كانوا أو غير عدول ويقبل في ذلك أهل الكتاب اذا لم يوجد سواهم هذا هو المشهور من المذهب المعمول به (ويكتب في ذلك) عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالدواب وعيوبها الى الفرس المبيع بكذا أو من أهل المعرفة بالرقيق وعيوبه الى المملوك المبيع بكذا ونظروا اليه فرأوا به عيب كذا

أيام والجمعة وقال أبو ابراهيم الاعرج فانظر هل هذا وفاق أو خلاف انتهى والله سبحانه وتعالى أعلم (فرع) وفي المتيطية عن مالك رضي الله تعالى عنه فيمن قضى رجلا دينارا كان له عليه واشهد على ذلك شاهدين ثم جاء يتقاضاه الدينار فقال قد قضيتك وأشهدت عليك فلانا وفلانا فقال ما قبضته فقال تحلف وأعطيك فحلف فاراد أن يأتي عليه بالشاهدين أترى له ذلك فقال مالك رضي الله تعالى عنه أرى له ذلك فليأت بهما

(الباب الرابع عشر في القضاء بقول رجل بانفراده وما يجري مجرى ذلك)

قال ابن رشد في المقدمات ويكفي الشاهد الواحد فيما يبتدأ الحكم فيه بالسؤال وفيما كان علما يؤديه (فرع) قال ابن حبيب قال لي ابن الماجشون وما اختصم فيه من العيوب التي تكون في العبد المبيع وعيوب الاماء التي لا يطلع عليها الا النساء فكما قلتم من غير فاثنين فللحاكم الذي يتولى الكشف عن ذلك ان يرسل بالعبد الى من يرتضيه أو يثق ببصره ومعرفته بذلك العيب وغوره مثل الشغاف والطحال والبرص المشكوك فيه وامثال ذلك كثير فيؤخذ فيه بالخبر الواحد بقول الطبيب الذي ليس على الاسلام لانه ليس على جهة الشهادة وانما هو علم يأخذه الحاكم عمن يبصره ويعرفه مرضيا كان أو مسخوطا واحدا كان أو اثنين (فرع) اذا كان فاثنتا بغيبة أو موت كانت الشهادة على سنتها تحيا بما تحيا به الشهادات وتضعف بما يضعفها (مسئلة) وفي الوثائق المجموعة وروي في الرجل يشهد لابنه بحق فيدفع المشهود عليه المال الى الابن بشهادة الاب بغير حكم من سلطان وفي الرجل يقوم له شاهد واحد على حقه فيدفع المشهود عليه الحق الى المشهود له وفي الرجل يطلق امرأته فتدعي حملا وهو غير ظاهر فينفق عليها ثم ينفش الحمل ان ذلك كله أصل واحد لا رجوع لواحد منهم في شئ مما دفعوه وليس ينفعهم قولهم ظننا أن ذلك يلزمنا وقد أمضى الحق لمن أخذه ولو شاؤا تثبتوا قبل الدفع وهذه الشهادة وان لم تكن رفعت الى الحاكم انسد اعقابه عضى ما ترتب عليه اذا وقع الحاكم عنده انظرها في الوثائق المجموعة في رسم تقييد عداوة لتكون عنده (مسئلة) وفي التهذيب فيمن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير فذلك في مال الابن وفي طرر التهذيب لابي الحسن الطنجي عما قيده عن أبي الحسن الصغير قال وظاهر هذا سواء ثبت استهلاكه ببينة أو بشهادة الاب ويصدق الاب وهي شهادة وليس هذا اقرارا انما يكون الاقرار فيما ولي من المعاملات عليه والوصي (مسئلة) قال ابن حبيب ومن ذلك شهادة القايس للجراح اذا كان الحاكم يأمره ان ينظر في الشجات والجراح ما هي وما غورها وما اسمها وقياسها كالذي ذكرناه من أمر الطبيب وما أشبهه فيقبل في ذلك وحده وأحب الي أن ينصب لهذا من أمور الناس عدلا وان لم ينصب لذلك أحدا بعينه اكتفى بأن يرسل المجروح الى من ارتضاه ووثق برأيه وبصره وان لم يجد الا طبيبا مثل العيوب لانه ليس على جهة الشهادة (تنبيه) وان لم يكن السلطان في

وظهر لهم ان ذلك عيب فاحش ينقص من ثمنه وانه اقدم من أمد التبايع ومما يخفى عند التقليب وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا (بيان) اذا كان الشاهدان في ذلك قد نصبهما القاضي لذلك شهدوا عنده بنص العقد المذكور واراد البائع ان يعتذر اليه في شهادتهما ويدعو غيرهما الى الشهادة في ذلك عند القاضي فليس له ذلك ويجزئ في ذلك الواحد اذا كان القاضي هو الذي وجهه والاثنان أولى وقال محمد لا يرد من العيوب الا ما اجمع عليه عدلان من أهل البصر قال ابن الماجشون اذا كان المعيب حيا حاضرا فيجزئ فيه ما ذكر قبل هذا وان كان ميتا أو غائبا فلا يجزئ ولا يثبت ذلك الا شهادة اثنين عدلين واذا كان الطبيبان لا يعرفان القيمة فيشهد الطبيبان بالداء ويشهد عدلان من أهل المعرفة بالقيمة بنقص الثمن واذا كان الداء في موضع لا يطلع عليه الرجال من ابدان النساء نظرت اليه امرأتان ووصفتاه للاطباء فان شهدوا انه عيب رد به وقيل يكشف لهم عن موضع الداء فينظرون اليه ولا يحتاج الى النساء فان ذهب البائع عند الرجوع عليه بالعيب الى احلاف المشتري انه ما رضي بالعيب بعد علمه به ولا استخدمه فلا يمين عليه الا ان يدعي عليه بذلك واذا وجد العيب بالدابة في السفر فهل له ان يركبها في رجوعه أو يحمل عليها أم لا في ذلك قولان أحدهما ان ذلك له وليس عليه في ركوبها شئ وله الرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك والثاني انه

ان فعل ذلك بعد علمه بالعيب فلا رد له وهو قول أشهب وابن عبد الحكم ورواية أشهب عن مالك رضي الله عنه فان فعل ذلك في الحضر لزمته عند ابن القاسم وغيره الا ان يركبها ليردها وقال ابن حبيب في الواضحة للحاضر ركوب الدابة بعد علمه بالعيب واستخدام العبيد الى ان يقضى له بالرد لان عليه النفقة والضمان بخلاف الثوب يلبسه والامة يلتذ بها

أول ذلك أمر بقياسه وانما جاء هذا يطلب عقل ماقدمضى و برئ وصح لم يكن بد من أن يدعوه بشاهدين عدلين على ان يجلبه ما كان حينئذ ﴿مسئلة﴾ الموجه من قبل القاضي للحيازة يجزئ فيه واحد عدل وكذلك الموجه من قبله للاعذار يجزئ فيه الواحد العدل من الطرر ﴿مسئلة﴾ وفي بقربطن الميت عن المال قال ابن راشد في المذهب انما يقرعن المال اذا ثبت بعدلين فان شهد به عدل فاجراه أبو عمران الفاسي على الخلاف في القصاص في الجراح بالشاهد الواحد ﴿مسئلة﴾ اذا ادعى على انسان انه تخلف في الجهاد عن الجيش وأرادوا منعه من الغنيمة ولم تقم بينة على ذلك وانما شهد عليه الامير بنفسه ففي العمل بشهادته عليه قولان بناء على الخلاف في الحاكم هل يحكم بعلمه أولا من المذهب ﴿مسئلة﴾ اذا دخل الزوج بزوجته قبل الاشهاد فسخ بطلقة بائنة وقال ابن حبيب يحدان ان ثبت الوطء مالم يكن فاشيا ابن الماجشون والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو بابتنائهما باسم النكاح وذكره كالامر الفاشي يعني فيسقط عنهما الحد بشهادته ﴿مسئلة﴾ وفي مختصر الواضحة في الرجل يحلف لغريمه بطلاق امرأته ليقضينه عند الهلال فيقضيه قبل الهلال فتقوم امرأته تريد فراقه وتدعى عدم القضاء فيقوم للحالف شاهد مع الغريم فيشهدان انه قضاه قبل الهلال فشهادتهما جائزة ولو لم يشهد الا الغريم وحده فقال مطرف وابن الماجشون لا يخرجه عن الحنث شاهد واحد وقال ابن عبد الحكم أرى ذلك مخرجا له من الحنث ان كان مأمونا ﴿مسئلة﴾ وكذا القاسم اذا أرسله الحاكم لقسم شئ بين أهله ووثق به ونصبه له فجائز للحاكم قبول ذلك منه وحده والاشهاد عليه لا هله اذا رأوا صوابا لانه ليس على جهة الشهادة ﴿مسئلة﴾ والمحلف أيضا من هذا الباب اذا أمره الحاكم باحلاف أحد فقوله في ذلك مقبول اذا أنكر الطالب ذلك ﴿مسئلة﴾ وكذلك شهادة كاتب القاضي وحده على ما كتب بأمره من هذا الباب ولو شهد كاتب القاضي على كتابة شهادة رجل قدمات أوغاب والقاضي لا يحفظ انه أمره بايقاعها ولا أنه شهد بها عنده لم يكتف في هذا بالكاتب وحده وكان بمقام شاهد واحد وان لم يقل له الشاهد اشهد على شهادتي لانه لا يخلص شهادته ولا تتم لمن جاءبها الا بايقاعها فلا يعدو أن يكون شاهدا على شاهد فان كان معه آخر على شهادة الشاهد حي والا لم يحي قال فضل معناه عندي على ان الكتاب لم يكن في ديوان القاضي وقد قال مطرف وابن الماجشون لا ينبغي للقاضي ان يجيز شهادات وجدها في ديوانه لا يعرفها الا بطوابعها الا أن يكون بخط يده أو خط كاتبه وكان عنده مأمونا فلينفذها ﴿مسئلة﴾ ويكفي عند اشهب في ثبوت الخلطة شهادة رجل واحد ﴿مسئلة﴾ وكذلك اللوث يكفي فيه الشاهد العدل وعند اشهب يكفي فيه الشاهد غير العدل وهي رواية عن مالك من المقدمات ﴿مسئلة﴾ وكذلك الاكتفاء بقول واحد في تزكية السر على الخلاف في المسئلة قال ابن راشد لان ذلك في الحقيقة اخبار والخبر يكتفي فيه بالواحد وهو مشكل لان ذلك يؤول الى الحكم والحكم لا يكون الا باثنين ﴿مسئلة﴾

فلو [illegible] البيع أو [illegible] وذلك خلاف قول ابن القاسم وأشهب وغيرهما واذا قام المشتري على البائع بعيب وقد بقي [illegible] الثمن فقال له أدّ بقية الثمن وحينئذ أحاكمك ففي نذور شرح العتبية انه يدفع الثمن ثم يحاكمه في العيب الا ان يكون شيأ يقضي من ساعته وفي كتاب الاستغناء انه ان كان العيب ظاهرا لا يكون في القيام به تطويل لم يرت[illegible]

حتى يحاكمه ولا يأخذ عليه حميلا وان كان العيب خفيا مما لا يعلم بالقرب حكم عليه بالوزن ثم يحاكمه فان قضى له رجع في دراهمه الا ان يخاف ان يتلفها ولا يوجد له شئ فتجعل بيد أمين حتى يقضى له أو عليه وقال بعض المفتين لا يقضى له بشئ حتى يحاكمه فان قام عليه بعيب فانكر البائع البيع فانه تلزمه اليمين انه ما باع منه فاذا حلف اثبت المشتري البيع والعيب قاله ابن رشد فان اختلفا في تاريخ الشراء فالقول قول المشتري وقيل قول البائع فان فات المبيع بعتق أو صدقة أو غير ذلك من وجوه الفوت رجع بقيمة العيب فان فات بالبيع ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها ان ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب والثاني انه لا شئ له والثالث أنه ان نقص من قيمته لاجل العيب رجع بأقل من قيمة العيب أو بقية الثمن فان باعه من بائعه رجع عليه بما نقصه من الثمن ان كان نقص والا فلا رجوع وان باعه بعد علمه بالعيب فلا رجوع وفي الوطء في البكر والثيب قولان أحدهما انه ليس بفوت و يرد في البكر ما نقصها والثاني أنه فوت فيهما وكانت الفتيا بقرطبة في الذي يشتري الجارية فيجدها بكرا انها ان كانت من علية الرقيق ردها الا انه لا يعلم ما يحدث بها عند الاقتضاض وان ابتاع على انها بكر فوجدها مقتضة ردها الا ان تكون من وخش الرقيق الذي هو دون الوسط فلا ترد لان العذرة لا تؤثر في أثمانهن واذا اشترط المشتري بكرا فيمن تؤثر فيها العذرة فزعم انه ألفاها ثيبا نظر اليها النساء فان رأينه

وكذلك العمل بقول الكاشف الذى ينبغى للحاكم ان يتخذه بخبيره بما تقول الناس فى أحكامه وسيرته وغير ذلك من أحوال الناس ﴿مسئلة﴾ اذا تنازع المتبايعان فى العيب الخفى أو فى قدم العيب وكان العيب لا يعرفه الا أهل العلم به كالامراض التى تحدث بالناس فلا يقبل فيه الا أهل العلم به فان وجدوا والا قبل غيرهم وان كانوا غير مسلمين قال فى المتيطية والواحد منهم أو من المسلمين كاف والاثنان أولى اذ طريق ذلك الخبر لا الشهادة وهذا هو المشهور المعمول به وقال محمد لا يرد من العيوب الا ما اجتمع فيه عدلان من أهل البصر والمعرفة وقال ابن الماجشون ان كان العبد المعيب حيا حاضرا فيجوز فيه قول واحد من أهل المعرفة وان كان ميتا أو غائبا فلا تثبت الا باثنين عدلين وقد تقدم هذا وهذا أبين ﴿تنبيه﴾ قال ابن راشد قال بعض أهل العلم وهذا كله ان كان القاضى أرسلهم ليقفوا عليه وأما ان كان المبتاع أوقف عليه من ذات نفسه فلا يثبت باتفاق من أصحاب مالك الا بعدلين من أهل المعرفة ﴿مسئلة﴾ وكذا اذا شهد شاهد بما دون القذف من الشتم فقال مالك لا يحلف معه لكن يعزر ان كان من أهل السفه فاثبت التعزير بشاهد واحد مع قرينة السفه وقال ابن حبيب يحلف المشتوم معه ورواه عن مالك أيضا وقال أبو مصعب يحبس الشاتم حتى يحلف أو يقر وقد تقدم فى الباب الثانى فى القضاء بشاهدين ان الشاهد الواحد تحدث بشهادته أحكام ذكرنا هنالك بعضها وهى كثيرة جدا لمن تتبعها ﴿فرع﴾ قال القاضى عياض فى الشفاء أما شهادة الواحد أو اللفيف من الناس ان رجلا سب النبى صلى الله عليه وسلم فيدرأ عنه القتل ويجتهد فى ادبه بقدر شهرة حاله وقوة الشهادة عليه وضعفها وكثرة السماع عنه ﴿فرع﴾ وفى المتيطية واذا شهد شاهد واحد على قتل الغيلة ولم يجد المشهود عليه مدفعا فى الشاهد فالذى أجاب به الفقهاء وشيوخ المذهب المتأخرون بان فى المسئلة اختلافا والذى نأخذ به ونختاره انه لا يقتل مع الشاهد الواحد ولكن ان أخذت بما قلناه فانه يضرب مائة ويسجن عاما من تاريخ الضرب وترجى الجنة للدم وكذلك الامة تدعى العتق فينكر سيدها فتقيم شاهدا عدلا فذلك فانه يجب على السيد اليمين وكذلك ما روى فى الرجل يدعى عليه انه باع أصلا انه لا تجب عليه اليمين الا بشاهد وكذلك المرأة تدعى ان زوجها طلقها فلا تتوجه له اعليه يمين الا بشاهد عدل وكذلك المال يوقف لمدعيه بالشاهد الواحد وتتبع ذلك يطول ﴿مسئلة﴾ قال ابن دينار اذا تنازع رجلان فى شئ كل واحد يظنه لنفسه من غير يقين كالشئ يكون من قبل الاب او الجد فيسألان الرجل يفزعان اليه فى علمه فيشهد انه لاحدهما فذلك جائز ويلزمهما ولا تشبه هذه مسئلة الرجلين يتداعيان الشئ فيقول احدهما قد رضيت بشهادة فلان بينى وبينك فيشهد الرجل على أحدهما فيقول المشهود عليه ظننت انك تقول الحق الذى تعلم انه الحق فأما اذا شهدت على بغير الحق فلا أرضى بذلك فذلك له والشهادة

لها أثر اقر به احلف البائع ولزمت المبتاع وان قال انه قديم حلف المبتاع وردها وقيل يقضى فى ذلك بشهادة النساء دون يمين فان ظهر بها حمل فهو عيب من العلية دون الوخش عند ابن القاسم وقال أشهب هو عيب فيهما قال ابن رشد ولا يتبين الحمل فى أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك تحريكا بينا يصح به القطع على تحريكه فى أقل من أربعة أشهر وعشر فاذا شهد النساء ان بها حملا بينا لا يشكون فيه من غير تحريك ردت فيما دون ثلاثة أشهر ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال ان يكون حادثا عند المشترى واذا شهدت ان بها حملا يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال ان يكون حادثا عند المشترى وان ردت فوجد الحمل باطلا لم ترد الى المشترى اذ لعلها أسقطته وكتمته قال بعضهم ومن ابتاع دابة من رجل من أهل بلدة المشترى ثم ظهر انه ليس منها فاراد فسخ البيع أو أخذ حميل فيما أدركه من عيب أو غيره لم يكن له ذلك ومن ابتاع جارية من غير أهل موضعه ودفع له الثمن على الطوع ثم أراد بعد ذلك ان يتخذ عليه حميلا فليس له ذلك لانه ائتمنه عليه وان قال أخاف ان يهرب به وفى مسائل ابن الحاج كان بعض الفقهاء يفتى فى الذى يبتاع الثور الحراث فى العصير فلما كان وقت الزريعة وجده لا يحرث انه لا يرده بخلاف لو اشتراه فى أمد الزريعة ويحتج عليه بما فى المدونة فى الذى يشترى شاة لبن فى غير ابان اللبن ثم يأتى ابان اللبن فيحلبها فلا يرضى حلابها انه ليس له ان يردها بخلاف ما اشترى فى ابان اللبن وخالفه غيره فى ذلك واذا رد المبيع بعيب فات السمسار يرد الاجرة وقيل ان علم بالعيب فغر به ردها باتفاق والا فلا وكذلك ان استحق المبيع رد ما أخذ لان البيع لم يتم قاله ابن عيشون وغيره وفى المؤلفة لابن لبابة الباروك يجرى مجرى الدلالة ولا بأس به اذا اعطى عن طيب نفس وأجرة الدلال فيما باعوه من ميراث أو غيره على السواء لقول ابن القاسم فى القسامين وقيل على قدر الانصباء وفى مسائل ابن

غير جائزة عليه لان المسئلة الاولى ليس مع أحدهما يقين فى دعوى الملك وقد رضيا بعلم الرجل وشهادته وفى هذه المسئلة المشهود عليه يدعى تحقيق ملكه للشئ المشهود عليه فيه فافترقا ووافق ابن دينار على قول سحنون وابن كنانة وخالفهم ابن القاسم فى ذلك وقال لا تنفذ شهادته وروى عن ابن نافع ان للمشهود عليه الرجوع ما لم يحكم الحاكم بذلك فاذا حكم فلا رجوع له وقال مطرف فى الواضحة للذى رضى الرجوع ما لم يشهد الشاهد فاذا شهد فلا رجوع له وان لم يكن عدلا لانه كالاقرار منه بما قال الا ان يكون ذلك منه على وجه التشكيك مثل ان يقول أحدهم فلان يعرف هذا ويشهد به فيقول الآخر اشهد وان قاله فلان فقد رضيت به ثم يرجع فيقول ما ظننته ان يقول هذا فيكون ذلك له وليس هذا مثل نفورهما اليه لاجل علمه بالمشهود فيه فذلك يلزمه (مسئلة) ومن ذلك اذا قال الامام فى الجهاد من قتل قتيلا فله سلبه اذا كانت له بذلك بينة فاذا شهد له شاهد واحد فانه يكتفى به قال ابو الوليد الباجي وعندي انه يجزئ فى قبول ذلك الشاهد الواحد لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع السلب الى ابى قتادة بشهادة رجل واحد ولم يحلفه وحمله بعضهم على انه من باب الخبر لا من باب الشهادة (تنبيه) قال ابن راشد ولا يجوز على هذا القول ان يحلف مع شاهده لان الشهادة لم تتناول المال وانما تتناول القتل وهو حكم فى البدن لا يثبت بالشاهد واليمين الواحدة (مسئلة) ومن ذلك قال ابن القصار وعند مالك رضى الله تعالى عنه يقبل قول التاجر فى قيم المتلفات الا أن يتعلق بالقيمة حد من حدود الله تعالى فلا بد من اثنين وروى عن مالك انه لا بد من اثنين * مثال القيمة التى يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق هل بلغت قيمته الى النصاب أم لا فههنا لا بد من اثنين ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة اشباه شبه الشهادة لانه الزام لمعين وهو ظاهر وشبه الرواية لان المقوم متصد لجميع الناس وهو ضعيف لان الشاهد كذلك وشبه الحاكم لان حكمه ينفذ فى القيمة والحاكم ينفذه فان تعلق باخبار حد تعين مراعاة الشهادة (مسئلة) وكذلك يقبل قول القائف العدل عند مالك وابن القاسم وروى عن مالك وابن القاسم أيضا انه لا بد من اثنين قال سحنون لا بد من اثنين لانه يلحق به نسب ويكتب به الى البلدان وينتظر ابدا حتى يضم اليه آخر قال الباجي وعلى القول الاول فيقبل فيه قول العبد والمرأة قال وهو الاظهر والقول الثانى مبنى على انه شهادة وسبب الخلاف هل هو من باب الشهادة أو من باب الرواية والاظهر انه ليس منهما بل هو من باب الحكم بالامارات وبهذا قال بعض الحنابلة (مسئلة) وكذلك يقبل قول المقوم لارش الجنايات (مسئلة) يقبل قول الخارص الواحد فيما يخرصه عند مالك رضى الله تعالى عنه

(فصل) ذكره الشيخ أبو بكر الطرطوشي فى مقدمة كتابه تعليقة الخلاف فى المسائل التى يقبل فيها قول الواحد وتبعه القرافى فى القواعد وزاد عليه مسائل ذكرتها استطرادا وان كان بعضها لا مدخل للحكم فيه (مسئلة) يقبل قول الراوى فيما يرويه (مسئلة)

...ئع فقيل فيمن دفع رمكة الى نخاس فى سوق الدواب فسوّقها ثم ردها الى الحبل فضاعت قال يظهر لى ان لا ضمان عليه وقد قال فى المدونة هم كالاجراء ولا وجه لقول من قال انه يضمن ولا بد من يمين النخاس انه ما فرط ولا ضيع وحينئذ يبرأ وان ثبت عليه تضييع فيلزمه الضمان من أجل ذلك (ويكتب فى رد المبيع بالعيب عقد) لما قام المبتاع فلان على البائع فى الجارية أو الدابة المبيعة بكذا لعيب كذا الثابت فوقه ولم يكن للبائع فيه مقال اذ لم يتبرأ به الى المشترى وترافعا الى من وجب فى شأن ذلك وجب للمبتاع الخيار فى التمسك أو الرد فاختار الرد وصرف المبيع على البائع وانحل التبايع المنعقد بينهما وسقط عن المشترى الثمن اذا كان مؤخرا لاجل كذا ودفع المبتاع المبيع الى بائعه وقبضه منه على الصفة التى كان عليها حين البيع ولم يبق بينهما بسبب ذلك كله تبعة وشهد عليهما بذلك فى كذا * فان كانت الدابة قد عجفت فذلك فوت وللمبتاع الرجوع بقيمة العيب أو يردها وما نقصها العجف وكذلك ان نقصت من دبر أو غيره أو نقص العبد أو الامة بوجه من الوجوه والقول قول المبتاع انها على حالتها حتى تثبت خلاف ذلك ولا شئ عليه فيما سخر قبل ذلك ولا فيما استعمل من ركوب وغيره اذ الخراج بالضمان وكذلك ما أخذ من الشاة أو البقرة من اللبن وان كان فى ضرعها حين البيع أو فائدة فلا شئ عليه فيه باتفاق الا ما جز من الصوف الذى كان على ظهرها حين البيع ففيه اختلاف وكذلك اختلف اذا اشترى ذلك حاملا فولدت عنده فانه يرد الاولاد ان كان حاضرا وان كان باعه رد ثمنه أو قيمته ان كان أكله قال ذلك ابن القاسم وكذلك وقال ابن كنانة من اشترى شاة حاملا فأكل مخلتها ثم أراد ردها بعيب فان له أن يرجع بقيمة العيب أو يردها وما نقص من ثمنها

يوم ابتياعها فاوجب عليه نقص الولادة ولم يوجب عليه للولد قيمة وقال عيسى عن ابن القاسم انه يرد الامة وقيمة ولدها وكذلك الاصول وغيرها لا يرد ما استغله ادفيها أوسكن أوقبض من كراء أوغيره وهوله بالضمان فان كان في ذلك ثمرة لم تؤبر أو زرع لم يظهر فانه يرده ويأخذ أجر ماسقى وعالج وقال محمد ان

بدا اصلاح الثمرة فيرد الاصول دونها وأما

وكذلك يقبل عند مالك قول الطبيب فيما يدعيه وقد تقدم قول الطبيب في قياس الجراح وتسميتها ﴿مسئلة﴾ يقبل قول الملاح في القبلة اذا خفيت ادلتها وكان عدلا دريا في السير في البحر وكذلك كل من كانت صناعته في الصحراء وهو عدل ﴿مسئلة﴾ وكذلك يجوز عند مالك تقليد الانثى والصبي والكافر والعبد والواحد في الهدية والاستئذان ﴿مسئلة﴾ وكذلك يقلد القصاب في الذكاة ذكرا كان أو انثى مسلما أو كتابيا ومن مثله يذبح ويقبل قوله انه ذكى وليس عليه استعلامه وليس هو من باب الشهادة ولا الرواية بل من باب القاعدة الشرعية أن كل واحد مؤتمن على ما يدعى انه ملكه أو مباح له فيقبل قوله وان كان افسق الناس من القواعد ومن تعليقة الخلاف للطرطوشي ﴿مسئلة﴾ يقبل قول المعلمي في ترجمة الفتوى باللسان العربي أو العجمي وفي قراءتها أيضا ﴿فرع﴾ قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي يقلد الواحد في رؤية الهلال ان أراد به علم التاريخ لانه خبر ويجب ان يقبل من المرأة والعبد فان تعلق به فرض مثل صوم رمضان والفطر منه فلا بد من اثنين عدلين لانه من باب الشهادة ﴿فرع﴾ اذا أخبر رجل رجلا ان هذا الثوب وقع فيه بول لم يقبل منه حتى يخبر بتعيين البول لجواز ان يكون بول حيوان طاهر ﴿فرع﴾ وكذلك لو قال اصابته نجاسة لم يقبل منه حتى يخبر بتعيين النجاسة والتعليل فيه ما تقدم في الفرع قبل هذا ﴿فرع﴾ فلو كان المخبر اعمى قبل خبره كما يقبل خبر البصير لاحتمال ان يكون علم ذلك قطعا أو أخبره به بصير ﴿فرع﴾ اذا أخبر اعمى أعمى ان هذا الماء وقع فيه بول وتغير قبل خبره لاحتمال ان يعلم ذلك قطعا باخبار بصير له بذلك ولو قال له هذا الماء نجس لم يقبل منه حتى يبين بأي شئ نجس لجواز ان يعتقد ان سؤر الكلب أو أسآر السباع أو ابوال الحيوان المأكول نجسة ولا يتصور ذلك اذا كان المخبر مبصرا لان الماء عنده لا ينجس بحلول النجاسة فيه الا أن يتغير ﴿فرع﴾ اذا أخبرك رجل إن هذا الثوب أصابه بول دون هذا الثوب وقال لك رجل آخر بل اصابت النجاسة هذا الثوب الآخر دون الاول لم يصل فيهما الا ان صدق الجميع ممكن ﴿فرع﴾ اذا وجب على أهل القافلة طلب الماء فارسلوا واحدا منهم الى صوب الطلب فرجع وقال لم أجد شيأ قبل خبره وجاز لهم التيمم ﴿فرع﴾ واذا حكم الحاكم برؤية الهلال بشهادة عدلين وأمر بالصيام فقال أحمد بن ميسر من اصحابنا اذا نقله اليه عدل أو نقله واحد الى أهل بلد آخر لزمهم الصوم ويكون من باب قبول خبر العدل قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد كما ان الرجل ينقل الى أهله أو ابنته البكر مثل ذلك فيلزمهم تبييت الصيام بقوله فيكون أصل ثبوته طريقه الشهادة لتعذر رؤية الجميع له ﴿فرع﴾ أما لو كانوا بموضع ليس فيه من يتفقد أمر الناس في المصالح العامة فقال ابن الماجشون ينبغي أن يراعى ذلك ويتفقد فمن ثبت ذلك عنده برؤيته نفسه أو برؤية من يثق به صام لذلك وافطر ويحمل على ذلك من يقتدى به لانه لما تعذر ثبوته عند الحاكم عاد الى أصله في ثبوته بالخبر ﴿فرع﴾ اذا ثبت الهلال بالشهادة أو بالرؤية المستفيضة فنقله

ما اشترط من الثمرة المأبورة أو الزرع الظاهر فانه يرده لانه قد وقعت له حصة من الثمن فان كان قد جذ ذلك رده بعينه عند ابن القاسم وان اتلفه رد مكيلة الطعام أو قيمة ذلك ان جهلت المكيلة أوجذ الثمرة رطبة وقال أشهب لا يرد شيأ من ذلك وهو له بالجذ وما تلف من الثمرة قبل الجذاذ أو الصوف قبل الجز أومال العبد أو غير ذلك ثم وقع الرد فلا شئ على المبتاع في ذلك والعيب الذي لا يطلع عليه الا بعد تغير المبيع كسوس الخشب ونحوه لا يرد به على المشهور لا نهما دخلا عليه وفي الجوز والتين ونحوهما قولان أحدهما انها مثل ذلك فلا يرد به والثاني انه ان أمكن اختباره بكسر البعض فانه يرد به

﴿القسم الثاني من المبيعات ماليس بأصل ولا حيوان﴾

وهو أصناف (الاول) الطعام ولا يجوز بيع المأكولات كلها بعضها ببعض الا يدا بيد ويحمل ذلك عند مالك وأصحابه محمل الصرف فقد قال فيمن باع ثمرا في رؤس النخل بحنطة ان جذ الثمرة ووقع

التقابض في الحنطة والثمر قبل ان يفترقا جاز والا فلا وقال فيمن أتى بحنطة الى الباع ليبتاع بها خلا أو زيتا فيكالها ويدخل الحانوت ليخرج الخل منه أو الزيت انه لا خير فيه قال ولكن يدع الحنطة عند صاحبها حتى يأخذ ويعطي وفي مسائل ابن رشد لا يجوز للمتبايعين بالطعام ان يعقدا البيع بينهما قبل اخراج الطعام واحضاره فان فعلا

ناقل الى بلد آخر أو الى أهله هل يجوز فى ذلك الناقل ان يكون عبدا أو امرأة فهذه أيضا هى مسئلة الترجمة وذلك ان ابن الماجشون ومطرفا يقولان انه يجزئ مترجم واحد والاثنان أحب الينا وتجزئ فيه المرأة الواحدة اذا كان مما يقبل فيه شهادة النساء ومنع سحنون من ترجمة النساء والرجل الواحد وسيأتى ذكر ذلك بابسط من هذا ان شاء الله تعالى قال الباجى اذا كان عند مطرف وابن الماجشون من باب الخبر فيجب ان يقبل فيه قول المرأة فى كل شئ ويجب أيضا ان يقبل فيه قول العبد قال أبو بكر الطرطوشى والدليل على قول الباجى وتخريجه أنه يقبل من المرأة الخبر والفتيا (فرع) قال ابن شعبان فى كتاب الوكالات يجوز قبول المعرف بالمرأة المشهود عليها وان لم يكن عدلا (فرع) قال القاضى أبو الحسن بن القصار يجوز تقليد القاسم اذا قسم شيأ بين اثنين على ما رواه ابن نافع عن مالك كما يقلد المقوم لارش الجنايات لمعرفته بذلك وقال الابهرى يجب ان يكونا اثنين ثم رجع عن ذلك وروى ابن القاسم عن مالك لا يقبل قول القاسم فيما قسم وان كان معه غيره لانه يشهد على فعل نفسه الا أن يكون الحاكم أرسلهما فتقبل شهادتهما وقد تقدم بعض هذا وهذا اتم فائدة ووضح حكم القاسم بنفسه بغير ارسال حاكم والفرع السابق هو القاسم الذى نصبه الحاكم قال القرافى ومنشأ الخلاف هل هو من باب الحكم أو من باب الرواية أو الشهادة والاظهر شبه الحكم لان الحاكم استنابه فى ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضا (فرع) قال اصحابنا يجوز تقليد المفتى الواحد اذا كان عدلا بالغا سواء كان حرا أو عبدا أو امرأة ويجوز ان تقلد رسولك اليه اذا كان ثقة وكذلك اذا كتب المفتى خطه فى رقعة للمستفتى جاز العمل بالخط ان كان الرسول ثقة فان عرف المستفتى خطه وكان الرسول غير ثقة ففيه نظر ووجه هذا ما جرت العادة به فى سائر الاعصار مع ضرورة الناس الى ذلك وكانت الخواتم تجوز على كتب القضاة حتى احدثت الشهادة على كتاب القاضى لاجل حدوث التهمة على خاتم القاضى وأول من أحدث الشهادة على ذلك هرون الرشيد وقيل أبوه المهدى قاله ابن شعبان فى الزاهى (فرع) قال القاضى أبو الحسن اذا كان الكتاب مترجما باسم صاحبه على ما جرت به رسوم المسلمين مثل موطأ مالك ومدونة سحنون وكتاب الثورى ومختصر المزنى وشبه ذلك فهل يجوز ان تقول فى شئ تجده فيه قال فلان قال ان كان من الكتب التى قد انتشر ذكرها مثل موطأ مالك وجامع سفيان وأمثالهما جاز ان يعزى ذلك الى المترجم عنه اذا كان الكتاب صحيحا مقروأ على العلماء مرضيا بكتبهم فاما ان كان من الكتب التى لم تنتشر لم يجز ذلك حتى يرويه عن الثقات موصولا الى المترجم عنه (فرع) اذا أخبره بعدد ما صلى عدل فهل يكتفى به أم لا بد من اثنين خلاف (فرع) والمؤذن يكفى اخباره بدخول الوقت اذا كان بالغا عاقلا عالما بالاوقات مسلما ذكرا ويعتمد على قوله (فرع) يجوز الحكم بقول الترجمان قال مالك واذا اختصم الى القاضى من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه فليترجم عنه رجل ثقة مسلم مأمون فخبره واثنان احب الينا ولا تقبل

تمام البيع على تلك المساومة ثم يعقد البيع بعد حضور الطعام على تلك المساومة المتقدمة ويتناجزا البيع فيكون ذلك مكروها ولا يبلغ به الفسخ قال هذا الذى ينبغى ان يحمل ما فى الكتاب عليه ولا حجة لمن أجاز ذلك بمسئلة الصرف لان الطعام المقصود عينه بخلاف الدراهم فليس المقصود أعيانها فلذلك استخف عقد الصرف وان لم تكن الدراهم فى ملكه حين الصرف اذا اتصل التناجز بذلك والقياس قول أشهب ان ذلك لا يجوز ويحرم التفاضل فى الجنس الواحد من المقتات المدخر من ذلك باتفاق فى مذهب مالك رضى الله تعالى عنه كالحنطة والشعير والسلت والارز والدخن والذرة والقطانى والتمر والزبيب واللحم والملح والزيتون والبصل والثوم والسكر والعسل ونحو ذلك مما اجتمع فيه الوصفان وتردد فى التين لانه غير مقتات بالحجاز وما يوجد فيه أحد الوصفين فاختلف فيه كاللوز والعنب الذى لا يتزبب والرطب الذى لا يتتمر ونحو ذلك وفى البيض روايتان والتوابل كالفلفل والكزبرة والانيسون والشمار والكمونين قال ابن القاسم مطعوم يصلح للقوت مدخر وقال أصبغ دواء والمشهور ان اللبن ربوى لان دوام وجوده كادخاره وان الماء ليس بربوى وما لا يوجد فيه شئ من الوصفين المذكورين فيجوز التفاضل فى الجنس الواحد منه باتفاق وذلك كالبطيخ والكمثرى ونحو ذلك من الفواكه التى لا تبقى والخضر كالباذنجان والخس وسائر البقول وكذلك ما يدخر منها فى النادر كالسفرجل ونحوه والادوية كالاجاص ولا يحرم أيضا فى الجنسين المختلفين من المطعومات كلها باتفاق وللجنس الواحد هو ما أشبهت منافعه

وتقاربت فاصناف القمح كلها جنس واحد والحق به الشعير والسلت على المشهور لتقارب منفعتها في القوت والارز والذرة والدخن أجناس على المشهور وفي القطاني ثلاثة أقوال أحدها انها كلها أجناس الثاني انها جنس واحد والثالث الحمص مع اللوبيا وجنس البسيلة والجلبان جنس والكرسنة قيل انها من القطاني وقيل لا وأصناف التمر كلها جنس واحد وأصناف الزبيب كلها جنس واحد ولحوم ذوات الاربع كلها جنس ولحم الطير كله جنس وأصناف الحوت ودواب الماء كلها جنس واحد والالبان كلها جنس واحد واختلف في التوابل على القول بانها ربوية فقيل انها جنس وقيل أجناس وهو المشهور وقال ابن القاسم الكمون جنس والانيسون والشمار جنس واختلف في الاخباز المختلفة الحبوب وفي الخلول المختلفة فقيل أجناس وقيل جنس واحد والصنعة في الجنس الواحد متى كثرت أوطال الزمان كالخل مع الزبيب صارا جنسين والمذهب ان الطحن والعجن غير مؤثر ولا يجوز بيع رطب بيابس من جنسه كالرطب بالتمر لا متماثلا ولا متفاضلا للغرر ونهى عن بيع اللحم بالحيوان ومحمله عند مالك رضي الله تعالى عنه على الجنس الواحد فيجوز عنده بيع الطير باللحم الغنمي وعكسه وخصصه بعضهم بالحي الذي لا يراد الا للذبح وما تطول حياته ولا منفعة فيه الا اللحم كالعم خلافا لاشهب وفي بدل اللحم المطبوخ

تقبل ترجمة كافر أو عبد أو مسخوط وفي قبول ترجمة المرأة العدل قولان مبنيان على ان ذلك هل هو من باب الشهادة أو من باب الخبر قال مطرف وابن الماجشون وذلك اذا لم يجد من الرجال من يترجم له وكان مما تقبل فيه شهادة النساء وقد تقدم في ترجمة الفتوى والخطوط بعض هذا قال ابن راشد في قولهم لا يقبل في ذلك أهل الكفر ولا العبيد ولا المسخوطين قال بعض الشيوخ يريد مع وجود عدل ولو اضطر الى ترجمة أحدهم عمل بقوله كالحكم بقول الطبيب النصراني فيما يضطر اليه فيه (فرع) لا تقبل ترجمة من لا تجوز شهادته على الذي يترجم عنه لما يتهم به عليه لان القاضي اذا لم يعلم ما يتكلم به الخصم فكانه لم يسمعه (فرع) وفي أحكام ابن بطال عن سحنون لا بأس ان تقبل ترجمة رجلين عدلين ممن يعلم ذلك اللسان زاد غيره اذا كانا ممن تكلما بها واحكماها وسكنا بين أهلها حتى عرفا أقصاريف كلامهم ومعانيه ولم يخف عليهما ولم يخافا على أنفسهما الغلط في ذلك فيقلدهما الحاكم في ذلك اذا كانا على الصفة التي ذكرنا (فرع) ويكتفي القاضي بقول أمينه في التزكية ويعول على قوله في تعديل من شهد عنده ويشترط ان يكون أمينا ثقة عالما بأوجه الجرح والتعديل وقد تقدم هذا.

(الباب الخامس عشر في القضاء بقول امرأتين بانفرادهما)

وذلك فيما لا يطلع عليه الا النساء كالولادة والبكارة والثيوبة والحيض والحمل والسقط والاستهلال والرضاع وارخاء الستور وعيوب الحرائر والاماء وفي كل ما تحت ثيابهن ووجه ذلك انه لما كانت هذه الامور مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها اقيم فيها النساء مقام الرجال للضرورة (مسئلة) وفي التنبيه لابن المناصف والشهادة في الولد على ثلاثة أوجه على نفس الولادة وعلى الاستهلال وعلى انه ذكر * فاما شهادتهن على الولادة فجائزة مع حضور الولد يشهدان أن هذه ولدته فيحكم بذلك واختلف اذا لم يكن الولد موجودا فاجازها ابن القاسم لانه مما تجوز فيه شهادتهن ومنعه سحنون لان جواز شهادتهن للضرورة وذلك في نفس الولادة وأما وجود المولود فيطلع عليه من غيرهن فلم يقبلن في ذلك وفرق اللخمي بين ان تكون شهادتهن بقرب الولادة فلا تجوز اذا عدم الولد لانه يقدر على اظهاره حينئذ ولو كان مقبورا وبين ان تكون الشهادة بعد طول الامد وقد احتيج الى اقامتها الآن اما لاجل قدوم من انكر الولادة أو بجحوده فشهادتهن على الاستهلال فشهادتهن حينئذ جائزة للضرورة (فرع) ولو ولدته ثم ماتت هي والولد فشهدت امرأتان أن الام ماتت قبله فروى عيسى عن ابن القاسم ان الاب يحلف أو ورثته على ذلك ويستحقون ما يرث عن امه لانه مال * وأما شهادتهن على الاستهلال فجائزة أيضا اذا كان البدن موجودا كما تقدم الا أن يعرف ان مثل ذلك لا يستهل لانه لم يتم خلقه واختلف في شهادتهن على الاستهلال مع غيبة الجسد فاجازها ابن القاسم ومنعها سحنون كما تقدم

بالحيوان قولان ولا يجوز بيع معلوم بمجهول من جنسه وهو بيع المزابنة فان علم ان أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه وتعتبر المماثلة بما وضع الشرع في ذلك من كيل أو وزن فان لم يكن وضع له الشارع فالعادة الجارية فيه بموضعه فان عسر ذلك فهل يجوز التحري في ذلك أم لا في ذلك ثلاثة أقوال أحدها انه يجوز والثاني عكسه والثالث ان كان يسيرا جاز والا فلا وفي بيع

الا أن يكون الاتفاق من الخصمين على الولادة وانما اختلفا فى الاستهلال فشهادتهن أيضا جائزة وان عدم البدن لان اتفاق الخصمين على وجوده مغن عن حضوره ﴿فرع﴾ واذا شهدتا بان فلانة زوجة فلان ولدت ولدا واستهل صارخا فان امكنهم اخراجه للرجال حتى يسمعوا استهلاله فلم يخرجوه حتى مات فيختلف فى قبول شهادتهما وان تعذر ذلك بان مات اثر سماعهما الاستهلال له فلا يختلف فى قبول شهادتهما * وأما شهادتهن على انه ذكر فلا يحكم فى ذلك بمجرد شهادتهن مع غيبة الجسد ولا بد من اليمين عند ابن القاسم فانه قال يحلف الطالب مع شهادتهن ويستحق فاقامهما مقام الرجل لان كونه ذكرا مما يطلع عليه الرجال وهى شهادة فى غير مال ويستحق بها المال فاجراها مجرى الشهادة فى الاموال وقال اشهب لا تجوز بوجه جريا على أصله فى منع شهادة النساء فيما ليس بمال وان كان يؤول الى المال وقيل ان فات بالدفن وطال مكثه وتعذر اخراجه فينظر فان كان فضل ذلك المال يرجع الى بيت المال أو العشيرة البعيدة فتجوز وان كان يرجع الى بعض الورثة دون بعض لم يجز قاله اصبغ وضعفه محمد وقال ذلك كله سواء لان حق بيت المال كحق أقرب الورثة (وأما) شهادتهن على عيوب الفرج فالمشهود عليه نوعان حرائر واماء * فاما الحرة يدعى الزوج بها عيبا يوجب الرد ففى ذلك خلاف والمشهور انه لا ينظر اليها وهى مصدقة قاله ابن القاسم وقيل ينظر اليها النساء حكاه سحنون والقول بالنظر أولى لانها تتهم فى ان تدفع عن نفسها فالشهادة على ذلك ضرورة لتعلق حق الغير * وأما الامة فان كان عيبا لا يتحقق الرجال قدره وانما يوجد علم ذلك عند النساء ينظرن اليها ثم لا يخلو ذلك ان يكون الحاكم هو الذى ابتدأ بعث من يكشف ذلك ففيه خلاف قيل تجزئ فيه امرأة واحدة لانه من باب الخبر وايصال العلم وقيل لا بد من اثنتين وهو أولى قال ابن عبد السلام وهذا مع حضور المرأة وان كانت قد ماتت أو غابت فلا بد من امرأتين لانها شهادة وان كان ذلك رفع اليه على معنى الشهادة فلا بد من اثنتين وأما ان تكون الشهادة فى الامر الذى يعلمه الرجال كالبكارة فاختلف فى ايجاب اليمين مع شهادة المرأتين فى ذلك * وأما الشهادة على ما تحت الثياب من سائر الجسد فى الحرائر ففيه خلاف قيل لا بد ان ينظر اليه الرجال ووجه ذلك ان يبقر الثوب عن موضع الحاجة حتى ينكشف موضع الحاجة للنظر وقيل يجزئ فى ذلك امرأتان قاله أصبغ ووجهه ان جميع الجسد فى الحرة عورة بخلاف الاماء * وأما شهادتهما فى الرضاع فقال ابن الحاجب ويثبت الرضاع بامرأتين ان كان فاشيا من قولهما قال ابن راشد وقيد الفشو ذكره الباجى أبو عبد الله فى وثائقه ولم اره لغيره فانظره ﴿مسئلة﴾ وتجوز القسامة مع شهادة امرأتين على أحد الاقوال فيما تجوز معه القسامة ﴿مسئلة﴾ ولو شهدتا على نكاح امرأة بعد موتها فذلك مذكور فى الفصل الخامس فى صفات الحقوق ومراتب الشهادات ﴿مسئلة﴾ ولو قال رجل لامرأته أول ولد تلدينه فهو حر فتلد توأمين فيشهد امرأتان على أولهما خروجا فهو كالاستهلال تجوز شهادتهما فى ذلك ويعتق بذلك

على مايجوز عقد) تعين لفلان قبل فلان وفى ماله وذمته كذ او كذا دينارا من سكة كذا مؤخرة لاجل كذا او الثمن كذا او كذا قدحا من القمح أو الذرة ابتاعها منه وقبضها بعد الكيل والتقليب والرضا وشهد عليهما بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ المال معروف والذمة هى الصفة القائمة بالغريم الذى عليه الحق القابلة للالزام أو الالتزام وقولنا قبضها ليرتفع النزاع فان عرى العقد منه ثم قام بعد ذلك يدعى انه لم يقبض المبيع فالقول قول البائع مع يمينه لاشهاده له بالثمن على المشهور وان كان قيامه بعد طول فاليمين ولا يجوز لمبتاع الطعام مطلقا بيعه قبل قبضه ويجوز ذلك فى غيره من المبيعات كائنا ما كان فان كان اشترى الطعام على الجزاف ففى بيعه له قبل قبضه قولان المشهور منهما ان ذلك جائز وأرخص له فى الاقالة فيه والتولية قبل القبض وفى الشركة قولان فان كان بزيادة أو نقص فلا يجوز الا بعد القبض لانه بيع ثان وكذلك ما أخذ من الطعام فى صلح أو غيره مما يكون عوضا عن شئ لا يجوز بيعه قبل قبضه وهل ذلك فى الربوى دون غيره عن مالك فى ذلك قولان أحدهما ان ذلك فى كل طعام مطعوم وان جاز التفاضل فيه والثانى انه مقصور على ما يجوز التفاضل فيه خاصة ولا بأس ببيع الماء قبل قبضه وبالماء الى أجل على المشهور من المذهب وروى ابن حبيب منع بيعه بالطعام الى أجل فان كان الطعام ورثه البائع أو وهب له او تصدق به عليه من أو اقرضه جاز له بيعه قبل قبضه باتفاق فى الربوى وغيره ويجوز أيضا فى القرض لصاحبه ان يبيعه من الذى هو عليه قبل قبضه قال ابن الحاج فى مسائله وكذلك من وجب عليه طعام من غصب أو تعد فهو كالقرض فى بيعه قبل قبضه ذكر ذلك أبو

من شهد ناله وبرق الآخر وقاله ابن وهب أيضا

(فصل) وأما شهادتهن فيما يقع بينهن في المآتم والحمام من الجراح والقتل ففي ذلك خلاف والاصل الجواز للضرورة كشهادة الصبيان فيما يقع بينهم من ذلك قال ابن المناصف قيل وكذلك ان لم يكونا عدلين لانه موضع لا يحضره العدول ورأى اللخمي ان يقسم معهما في القتل ثم يقاد ويحلف في الجراح ثم يقتص قال وان عدل منهن في ذلك اثنتان أقيد في القتل بغير قسامة واقتص في الجراح بغير يمين فصابهن مضى الرجال والصحيح ان شهادة النساء بعضهن على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال كالحمام والعرس والمأتم وما أشبه ذلك لا تجوز فيما يقع بينهن من الجراح والقتل لان الغالب عدم ضرورتهن الى الاجتماع في ذلك وقيل تجوز لحاجتهن الى ذلك قاله ابن راشد قال ولم يزل النساء يجتمعن في الاعراس والمآتم في زمنه صلى الله عليه وسلم ولم يجر افاذا لم يقبل قول بعضهن على بعض ذهبت دماؤهن وفي الاملاء على الجلاب المقيد عن ابي زيد البرناسي قال وهذا اذا كان في العرس المباح الذي لا يختلط فيه الرجال مع النساء ولم يكن هنالك منكر بين وكان دخولهن الحمام بالمئزر فهذه مسئلة الخلاف وأما اذا كن في الحمام بغير مئزر وفي الاعراس التي تمتزج فيها الرجال والنساء فلا يختلف في المذهب ان شهادة بعضهن لبعض لا تقبل وكذلك المأتم لا يحل حضوره اذا كان فيه نوح وما أشبه ذلك مما حرمه الشارع لان بحضورهن في هذه المواضع تسقط عدالتهن والله تعالى اشترط العدالة في الرجال والنساء بقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء

(الباب السادس عشر في القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي)

(مسئلة) قال اللخمي اذا شهدت امرأة على الحمل حلف المشتري ورد الجارية (مسئلة) اذا شهدت المرأة على الحيض وكانت الشهادة بعد ان انتقلت الى الطهر حلف البائع وسلمها ولا يصيبها المشتري ويحال بينه وبينها ان كان قد كذب شهادة المرأة حتى تحيض (مسئلة) اذا شهدت امرأة أن بالامة عيبا في موضع لا يطلع الرجال عليه فانه يحلف ويرد (مسئلة) أجاز أشهب القسامة مع المرأة الواحدة في العمد والخطأ

(الباب السابع عشر في القضاء بقول امرأة بانفرادها)

(مسئلة) اذا ادعت الامة انها ولدت من سيدها وانكر السيد فشهدت لها امرأة فقال ابن القاسم يحلف السيد اذا أقر بالوطء أو شهد عليه شاهدان قال لانهم لو اقامت امرأتين ثبتت الشهادة على الولادة فاذا أقامت امرأة حلف على نفي دعواها يريد ان شهادة امرأتين في هذا الموضع بمنزلة شهادة رجلين في غيره فشهادة امرأة واحدة تصف شهادة ويحلف المدعى عليه وهو السيد كما يحلف على شهادة رجل في غير هذا الموضع قاله اللخمي (فرع) قال اللخمي فعلى هذا اذا شهدت امرأة على الاستهلال حلف من قام بشهادتها واستحق

محمد في النوادر وفي صرف المدونة مثله (وسئل) ابن رشد في براآت الجند التي تخرج لهم بالطعام الى الحصون هل يصح لهم بيعها قبل قبضها (فقال) لا يجوز للجند بيع الطعام المرتب لهم على خدمتهم وعملهم الا بعد ان يقبضوه ويستوفوه للنهي عن ذلك بخلاف صكوك الجار التي انما كانت اعطيت أقطعها أهل المدينة من مال الله الذي كان يجعل من مصر على غير عمل يعملونه فيتبايعها الناس قبل ان يستوفوها فجاز بيع الذين اقطعوا اياها ولم يجز بيع المشتري لها وقال ابن الحاج في مسائله ابتياع براءة الطعام لا يجوز لانها اجرة وهي من بيع الطعام قبل استيفائه وقد ذكر لي عن بعض الشيوخ انه كان يجيز بيع ما يخرجه السلطان في علف الدواب اذا كانت الكيل له ولم تكن للجند والكيل فيما يكال من الطعام على البائع وكذلك الوزن فيما يوزن وقال سحنون في الرجل يشتري الزيت ويمسك المشتري الكيل بيده ويصب الزيات الزيت في الكيل فيسقط الكيل من يد المشتري ان كان سقط الكيل من يده من بعد ما استوفاه الكيل وامتلأ الكيل فالتلف من المشتري وان كان سقط من يده قبل ان يمتلئ الكيل فالتلف من البائع قيل له فلو قال البائع للمشتري خذ الكيل وكل لنفسك فكال المشتري فسقط منه الكيل وهو ملآن فذهب ما فيه فقال مصيبة من المشتري لامته لانه قد تقاضى لنفسه قيل له فان سقط منه الكيل قبل ان يمتلئ قال فالمصيبة من البائع (وسئل) ابن رشد في المكيال اذا امتلأ وصب ما فيه من القمح فسقط القمح واهترق ما فيه وقد جرى ما كان فيه في آنية المشتري او لم يجر منه شيء أصلا (فقال) ما لم يصب في اناء المشتري فان ضمانه باق على البائع على القول بانه لا بد من حق التوفية سواء اهترق من المكيال أو من القمح فقيل له أليس القمح

[illegible] المشتري والبائع قد تفضل بقوله ولو ساق المشتري اناء واسعا لم يحتج البائع الى صبه في قمع فقال وان كان ذلك فان
البائع اذا التزم صب ذلك في القمع لزمه كل ما حدث بعده فقيل له فلو ان البائع قال لا أكيل لك حتى تأتي باناء واسع لا يحتاج
الى قمع فقال ذلك له والقول قوله فيه وقال غيره يلزمه احضار القمع اذا كانت عادة الناس كما يلزمه

وادنى مراتبها ان يحلف المنكر للشهادة اذا قالت الام انه علم * ومنها اثبات الخلطة قال ابن كنانة تثبت الخلطة بشهادة امرأة واحدة بغير يمين وروى عيسى عن ابن القاسم مثله والمشهور انه انما تثبت بشاهدين * ومنها انه يقبل قول المرأة وحدها في الامة المتواضعة تحت يدها انها خرجت من الاستبراء قال في المتيطية لانه من باب الخبر لا من باب الشهادة قاله أبو محمد الاصيلي وأبو القاسم بن الكاتب ومحمد بن عمر وغير واحد من شيوخ القرويين والاندلسيين وقال موسى بن مناس لا يجزئ في ذلك أقل من امرأتين وليس به عمل والقضاء بما قدمناه ﴿مسئلة﴾ ولو وضعت على يد رجل فلما أخبر بخروجها من الاستبراء قيل له بم عرفت انها قد حاضت فيقول حادمي أو زوجتي اخبرتني بذلك فذلك جائز قاله فضل بن سلمة وغيره ﴿مسئلة﴾ اذا أنكر الزوج ما ادعته عليه المرأة من الاعتراض ففي ذلك خلاف مشهور وروى الواقدي عن مالك في مختصر ما ليس في المختصر انه لا يصدق في الثيب ويجعل معهما امرأة تنتظر اذا غشيها الزوج وأجاز قول امرأة واحدة من المتيطية ﴿مسئلة﴾ وفي الواضحة من ابتاع جارية فزعم انها تبول في الفراش وأراد ردها فليس له ذلك حتى يقيم البينة انها كانت تبول عند البائع لان هذا مما يحدث في ليلة ويحلف البائع أنه ما علم ذلك بها ولا يحلف بقول المشتري انها تبول حتى يعلم ذلك بان توضع عند امرأة فاذا تبين ذلك جاز قول المرأة وحدها وقول الرجل في ذلك عن امرأته لان هذا ليس على جهة الشهادة وانما هو على وجه استخبار القاضي ذلك ممن يطلع عليه ويخبر به (ومنها) ثبوت الرضاع بشهادة امرأة واحدة وقد اجازه ابن القاسم في النكاح الثاني من المدونة واجازه مالك في الموازية اذا فشا عند الاهلين والمعارف وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالفراق بقول أمرأة انها ارضعت ولم يعرف ذلك من قولها قبل ذلك قاله ابن راشد واختلف في ام احد الزوجين هل هي كالاجنبية او ارفع منها فتقع الفرقة بقولها لنفي التهمة اذ لا يعلم ذلك الامن قولها وفي ذلك قولان وقال ابن حبيب قول مالك واصحابه ان المرأة اذا قالت ذلك في ابنتها أو قاله الاب في ولده ان الفرقة تقع بينهما بذلك ويحكم بالفراق اذا قالوه قبل النكاح ولا يقبل قولها بعد العقد قال اللخمي يحمل قول ابن حبيب أن لا يقبل قولها بعد العقد على انها كانت حاضرة العقد فلم تنكره ثم ادعت ذلك فلو كانت غائبة فلما قدمت انكرت قبل قولها وهذا اذا قالت أنا ارضعتهما

﴿فصل﴾ ومن المواضع التي يقبل فيها قول المرأة مما لا يتعلق باحكام القضاء انه يقبل قول المرأة في رؤية الهلال اذا أريد به علم التاريخ لانه خبر فان تعلق به فرض كصوم رمضان والفطر منه فلا بد من شاهدين (ومنها) اذا ثبت الهلال بشاهدين أو بالرؤية المستفيضة فنقله ناقل الى بلد آخر أو الى أهله فهل يجوز في ذلك الناقل ان يكون امرأة أو عبدا قال الطرطوشي هي مثل مسئلة الترجمة للحاكم وسنذكرها (ومنها) هل يقبل في ترجمة الفتوى والخط امرأة أو لا في ذلك خلاف وكذلك اذا كان القاضي لا يفهم كلام الخصمين فقال ابن الماجشون

احضار كيل يكيل به اذا كانت عادة الناس وعرفهم (وسئل) سحنون عن رجل اشترى من رجل فكال له البائع حتى فرغ الخابية ثم قدم له خابية أخرى وقال للمشتري كل لنفسك ما بقي وأخذ المشتري في كيل الخابية الثانية وصب على زيت الخابية الاولى فاذا هي قد سقط منها فأرة فصب المشتري زيت الفأرة على الزيت الطيب ممن يكون الضمان ﴿فقال﴾ ما فسد من الزيت الطيب فمصيبته من المشتري (وسئل) ابن جماعة العليطلي عن المدخر للزيت والعسل والرب وغير ذلك يسوق الدلال الى السلعة ويعقدها على التجار ثم يتولى حمل ذلك على عنقه فتسقط له منها قلة من بعض الطريق فتنكسر ﴿فقال﴾ لا شئ على الدلال ولا على البائع والمصيبة في ذلك من المبتاع * ومذهب مالك انه لا يجوز لبائع الطعام ان يأخذ في ثمنه طعاما وان حل الاجل وأخذ بذلك مكانه الا ان يكون صفة الاول وكيله وأجاز ذلك الشافعي وغيره وقال أحمد يؤخذ منه ما لا يكال ولا يوزن وقال ابن المنذر وبقول الشافعي أقول

﴿الصنف الثاني الحلي والنقود وما في معنى ذلك﴾ ولا يجوز الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة الامثلا بمثل يدا بيد ولا يبيع أحدهما بالآخر الا نقدا وسواء كانا مضروبين دنانير أو دراهم أو مصوغين حليا أو غير ذلك الحكم في ذلك واحد واختلف في الدنانير والدراهم المشوبة بالنحاس فمنهم من حكم لها بحكم الذهب والفضة الخالصين ورأى ما فيهما

الماجشون ومطرف يجزئ فى الترجمة عنهما امراة ومنع من ذلك سحنون وهو عندهما من باب الخبر وعند سحنون من باب الشهادة (ومنها) انه يقبل منها الخبر والفتيا (ومنها) أنه يقبل قول المرأة فى ارسال الهدية ويجوز قبولها والاقدام على الاكل بقولها (ومنها) انه يقبل قولها فى الاذن فى دخول الدار والقسم على العيال

(فصل) ويلحق بما قدمناه من قبول قول المرأة مسائل (منها) ما خرجه الباجى من جواز قيافة المرأة الواحدة (ومنها) انه يقبل قول المرأة الواحدة فى العيوب التى فى الامة التى لا يطلع عليها الرجال اذا كانت الامة حاضرة ولم يكن الخصم منكرا فان انكر فقد تقدم فى الباب السابق انه يجزئ فى ذلك اليمين مع شهادة المرأة الواحدة وان كانت الامة غائبة أو ميتة لم يقبل الا امرأتان على الشهادة وذلك فيما هو من عيوب تحت الثياب من البرص والحيض والعذرة والنقاس والعيوب الباطنة والمرأتان فى هذا كالرجلين (ومنها) قال القرافى رحمه الله تعالى نقل ابن حزم فى مراتب الاجماع اجماع الامة على قبول قول المرأة الواحدة فى اهداء الزوجة لزوجها ليلة العرس مع انه اخبار عن تعيين مباح جوى يجزئ ومقتضاه ان لا يقبل فيه الا رجلان لانها شهادة تتعلق بالنكاح الذى هو من احكام الابدان التى لا تقبل فيها النساء الا للضرورة غير ان هذه الصورة اجتمع فيها قرائن الاحوال ومذهبنا انه لا يحتاج الى المرأة وهكذا مذهب أحمد بن حنبل ونقل ابن قيم الجوزية ان الشافعية والحنفية على ذلك

(الباب الثامن عشر فى القضاء بشاهد وامرأة ويمين المدعى)

وفى مختصر الواضحة فى باب اليمين مع الشاهد قال اشهب قال مالك رضى الله تعالى عنه فى رجل شهد له رجل وامرأة أنه وارث فلان لرجل قد مات انه يستأنى بمثل هذا فان لم يوجد الا هذان حلف وكان ذلك له يريد وكان نسبه قد ثبت بعدلين انظر وثائق ابى القاسم الجزيرى (مسئلة) وفى مختصر الواضحة ولو شهد رجل وامرأة على استهلال الصبى لم تجز شهادتهما وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم وذكره اشهب ومطرف عن مالك قال عبد الملك وانما لم تجز عند مالك شهادة الرجل والمرأة لان الرجل لما حضر لذلك صار مما قد استغنى فيه عن شهادة النساء فسقطت شهادة المرأة الواحدة وجازت فيه شهادة الرجل اذا وجد معه غيره والا سقطت شهادته أيضا قاله ابن حبيب غير انى سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز شهادة الرجل والمرأة فى الاستهلال ويرى ذلك أقوى من شهادة المرأتين على ذلك وذلك ان ابن وهب روى ان أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب ومروان ابن الحكم رضى الله تعالى عنهم حكموا بجواز قول المرأة المسلمة وحدها على استهلال الصبى اذا كانت المرأة عدلة مرضية وان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ورث صبيا على انه استهل ثم مات هو وأمه فورثه بشهادة القابلة فان كان مع المرأة الواحدة رجل كان أتم

من النحاس ملغى لا حكم له ومنهم من لم ير ذلك واعتبر ما فيهما من الذهب والفضة الخالصين دون النحاس فى جميع الاحكام فلم يجز المراطلة فيها قال ابن رشد وهو الصحيح الذى لا يصح القول بخلافه ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر ومع أحدهما عرض لانه بيع وصرف وهو ممنوع عند مالك خلافا لاشهب فان وقع ذلك فسخ عند مالك رضى الله تعالى عنه قال الاقفهسى مثل ان يبتاع بالدنانير عرضا معه دراهم أقل من صرف دينار أو يبتاع بالدراهم عرضا معه دينار واحد فذلك جائز للضرورة اليه والحاجة وأما ما دون ذلك فلا يسوغ وأما العروض المحلاة فان كانت مما لا يسوغ اتخاذه مثل الاوانى المفضضة والسكاكين المذهبة والمهاميز والامشاط ونحوها فلا يباع شئ من ذلك بجنس ما فيه من ذهب وفضة قل أو كثر وقال ابن فتحون فى وثائقه الا ان يكون شئ لا بال له كحلقة فى قدح أو شئ يسير فى طرف السرج واللجام فلا يراعى ذلك فيه وان كان مما يسوغ اتخاذه للرجال والنساء فيجوز بيعه بجنس ما هو محلى به من ذهب أو فضة اذا كان تبعا نقدا على المشهور ومؤجلا على اختلاف قال ابن القاسم ويفسخ البيع اذا وقع مؤجلا وان لم يكن تبعا لم يجز باتفاق فان بيع بغير جنسه فانه جائز تبعا كان أو غير تبع اذا كان معجلا باتفاق ولا يجوز بيعه مؤجلا اذا كثر فان كان تبعا ففى جوازه قولان والتبع ما كان الثلث فادنى وقيل النصف وذلك بالقيمة وقيل بالوزن مع قيمة المحلى قال ابن رشد وانما يفترق المحلى من غيره فى ذلك اذا كان الذهب الذى فيه مربوطا بما معه من الحجارة فلا يجوز على مذهب ابن القاسم فى المدونة وروايته عن مالك ان يباع الحلى الذى فيه الذهب الكثير بالدراهم وان كانا منظومين معا ما لم يكن الذهب مركبا فى الجوهر لا يستطاع نزعه منه الا بنقضه وكسره وافساد صنعته لان نثره من

للشهادة قال ابن حبيب وهذا أحب الى وبه أقول

﴿الباب التاسع عشر فى القضاء بيمين المدعى ونكول المدعى عليه عن الحلف على طبق الدعوى﴾

وفى أحكام ابن بطال قال ابن القاسم فى رجل جحد ما ادعى به عليه فاراد طالب الحق ان يحلفه ما أسلفتك شيأ وقال المطلوب احلف مالك على شئ قال مالك يحلف مالك عندى حق وما الذى ادعيت على به الا باطل فان نكل حلف الطالب واستحق وقال أصبغ حضرت ابن القاسم وقد حكم بان يحلف انه ما أسلفه شيأ ﴿مسئلة﴾ قال مطرف فيمن ادعى انه باع من رجل بيعا وبقى عليه بعض الثمن فانكر المدعى عليه فاراد القاضى ان يحلفه فقال المدعى عليه أحلف أنه لاحق لك قبلى ويريد الطالب عينه ان ما بعتك قال مالك بل يحلف ما بعتنى ذلك ولا لك حق قبلى وهذا يريد الالغاز والتعريف قال فضل يريد انه يعنى فى يمينه انى قد ابتعت منك بما تقول وقضيتك الثمن فانا أحلف انه لاحق لك قبلى فليس ذلك له لانه اذا أقر انه ابتاع منه وقضاه كان الحق قد لزمه وصارت اليمين على الطالب انه ما قضاه شيأ ثم يأخذ حقه وقال ابن الماجشون اذا حلف بالله مالك على من كل ما تدعيه قليل ولا كثير فقد برئ ولا ينظر الى قول المدعى قال ابن حبيب وهذا أحب الى اذا كان المدعى عليه ممن لا يتهم وكان المدعى من أهل التهمة والظنة والطلب بالشبهة ﴿مسئلة﴾ قال ابن سحنون وكان سحنون اذا قال الخصم لا أقر ولا أنكر أو قال ماله عندى حق والآخر يدعى دعوى مفسرة يقول اسلفته أو بعته أو اودعته فكان لا يقبل قول المدعى عليه ماله عندى حق حتى يقر بالدعوى نفسها أو ينكرها فيقول ما باعنى ولا أسلفنى ولا أودعنى فان تمادى على اللدد سجنه فان تمادى أدبه وكذلك اذا تمادى فى ان لا يقر ولا ينكر وأما قوله ماله عندى حق فكان ربما قبل ذلك منه وأمر بكتب دعوى المدعى وانكار الآخر وربما لم يقبل منه حتى يقر بالشئ نفسه أو ينكره ورجع الى هذا فى آخر أيامه من ابن يونس فى الشهادات الثانى ﴿مسئلة﴾ فاذا قال لى عليك عشرة حلف مالك على عشرة ولا شئ منها فان ذكر السبب مثل ان يقول له اشتريت منى سلعة كذا وكذا وقد كان المبتاع دفع له ثمنا او جحد فاراد ان يحلف ماله عندى شئ ففيها قولان المشهور انه لابد ان يحلف انه ما اشترى منه سلعة كذا وقد تقدم قال ابن دينار قلت لابن عبدوس اذا أسلفه مالا فقضاه اياه فجحد وأراد المدعى ان يحلف المدعى عليه انه ما أسلفه وقال المدعى عليه أحلف ماله عندى شئ فقال لابد ان يحلف ما أسلفه شيأ فقلت لابن عبدوس فقد اضطررته الى يمين كاذبة أو غرم ما لا يجب عليه فقال ينوى سلفا يجب على رده الآن ويبرأ من الاثم ﴿مسئلة﴾ قال اشهب اذا قال لى عليه عشرة من سلف فاراد ان يحلف ماله عندى عشرة من سلف لم يجزه ذلك حتى يقول ولا أعلم له شيأ من وجه من الوجوه ونحوه

الحلى فقد أجازه جماعة من العلماء والى ذلك ذهب أشهب وثياب الحرير منسوجة بالذهب حكمها حكم الحلى وقيل ان كانت اذا سبكت خرج منها الذهب فهى كالحلى والا فلا (ويكتب فى شراء ذلك على الوجه الذى يجوز عقد) اشترى فلان من فلان سيفا محلى بالذهب أو كذا من الحلى فيه ذهب وجوهر مركب بعضه ببعض بثمن مبلغه كذا من الفضة أو كذا من الذهب انما فيه من الذهب لا يبلغ الثلث قبض ذلك البائع معجلا وأبرأه منه وقبض المشترى مشتراه بعد النظر والتقليب والرضا وشهد عليهما بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ فان كان فى المبيع ذهب وفضة وهما فى حكم التبع فلا يباع بذهب ولا بورق وانما يباع بالعرض والى ذلك رجع مالك رضى الله تعالى عنه وبه أخذ ابن القاسم وقيل يباع باقلهما وان لم يكن تبعا فلا يباع بالعرض باتفاق وما يحرم استعماله على الرجل والمرأة كأوانى الذهب والفضة يحرم اقتناؤه على المشهور وقيل لا فان وقع فيه البيع صح ولم يفسخ لان عينها تملك باتفاق

وفى الحاق أوانى الجوهر بها فى التحريم قولان ولا خير فى ان تبادل الصائغ حليا بورق وتعطيه أجرته فى
ولا ان تقول له اعمل لى من عندك حتى أعطيك وانما يعمل من متاعك وتعطيه أجرته قال ابن حبيب وما فعله أهل السكة
من جمعهم أذهاب الناس فاذا فرغوا أعطوا كل واحد ثلث وزن ذهبه فلا يجوز هذا عند من لقيت من أصحاب مالك ومن دفع

في كتاب ابن سحنون قال القاضي أبو الوليد والظاهر انه يجزئه لا شيء له عندي من وجه يطلبه لان الطالب لم يطلبه بغير ذلك ﴿فرع﴾ ويحلف في دعوى الاجارة ما يستحق على اجارة في هذه الدار على ما ادعاه من كتاب الشهادة ﴿تنبيه﴾ قال ابن راشد شرط صحة اليمين المطابقة وان يحلف على البت الا فيما نسبه الى غيره من النفي قال ابن شاس يحلف على البت في كل ما نسبه الى نفسه من نفي أو اثبات وفيما نسبه الى غيره من الاثبات وأما النفي فيكفي الحلف على نفي العلم فيقول لا أعلم على موربي ولا أعلم منه اسلافا أو بيعا انتهى فتى نكل عن اليمين على طبق الدعوى حلف المدعي واستحق وفي كتاب آداب الشهادات كان القاضي بكار يرى شفعة الجوار فادعى عنده حنفي على شافعي بالشفعة فانكر الشافعي حقه في ذلك فقال له القاضي بكار احلف ان هذا ما يستحق عليك هذه الشفعة بالجوار على مذهب القائلين بشفعة الجوار فتوقف عن اليمين وحدث المدعى عليه بذلك المزني صاحب الامام الشافعي فقال له المزني وقعت على قاض فقيه وانما حلفه على هذا خوفا ان يتأول مذهب الشافعي ويحلف فينبغي التنبه لذلك فهو تنبيه حسن فقد تقع الخصومة لمن لا يرى ان اليمين على نية المستحلف

﴿الباب العشرون في القضاء بيمين المدعي ونكول المدعى عليه عن اليمين في مقطع الحق﴾

ومن وجبت عليه يمين فيما له بال من سائر الحقوق أو في ربع دينار فصاعدا فامتنع من الحلف عند المنبر في مدينة النبي صلى الله عليه وسلم أو في الجامع الاعظم في غير المدينة أو عند الركن بمكة وقال أنا أحلف بموضعي فهو كنكوله عن اليمين ان لم يحلف في مقاطع الحقوق وغرم قال ابن يونس يريد بعد يمين المدعي في ذلك الموضع يعني مقطع الحق فان نكل المدعي بطل حقه وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت

﴿الباب الحادي والعشرون في القضاء بيمين المدعي ونكول المدعى عليه عن الجواب﴾

قال اصبغ اذا تكلم المدعي وادعى بحجته قال الحاكم للآخر تكلم فاذا سكت أو قال لا أخاصمه اليك قال له القاضي اما خاصمت واما احلفت هذا المدعي على دعواه وحكمت له فان تكلم نظر في حجته وان لم يتكلم احلف المدعي وقضى له بحقه ان كان مما يستحق مع نكول المطلوب عن اليمين وكانت الخلطة ثابتة والدعوى مشبهة عرفا لان نكوله عن التكلم نكول عن اليمين وان كان مما لا يثبت الا ببينة دعا بالبينة ولا يسجنه حتى يتكلم ولكن يسمع من صاحبه ويحمل الحكم عليه اذا تبين له الفصل ولم يرجع المدعى عليه الى اقرار او انكار ويحكم عليه للمدعي بلا يمين وقال محمد بن عبد الحكم ان قال لا أقر ولا أنكر لم يتركه حتى يقر أو ينكر وان ابى سجنه حتى يقر أو ينكر وهي رواية اشهب قال ابن راشد والذي جرى به العمل ان يسجن ويؤدب فان تمادى على امتناعه حكم عليه بغير يمين وقال اللخمي يخير الطالب بين حبس المطلوب حتى يجاوبه أو يحلف ويأخذه ملكا أو يأخذه بغير

درهما فابتاع بالبعض منه طعاما أو غيره ورد عليه البعض فقيل ان ذلك لا يجوز بحال وقيل وهو المعروف انه اذا ابتاع بالنصف ورد عليه النصف فاقل جاز والا فلا ولا يجوز ان يبتاع بأقل من النصف ويرد عليه الاكثر ﴿الصنف الثالث الثياب وسائر العروض والسلع﴾ ولا خلاف في جواز بيع هذا الصنف بعضه ببعض يدا بيد كالحيوان سواء اتفقت أجناسه أو اختلفت ولا بأس بالتفاضل فيه فان بيع شيء من ذلك الى أجل جاز التفاضل فيه ان اختلفت أجناسه كثياب الكتان في ثياب الحرير وثياب الصوف في الكتان والبقر في الغنم والخيل في الحمر ونحو ذلك فاما الجنس الواحد من ذلك فلا يجوز واحد منه باثنين الى أجل الا أن تختلف منافعه واغراض الناس فيه فيصير ذلك صنفين والا ضارع السلف وخرج عن المبايعات ويجوز أيضا بيع ذلك قبل القبض والمعاملة في ذلك بالدنانير والدراهم بالنقد والى أجل (ويكتب في ذلك عقد) تعين لفلان قبل فلان وفي ماله وذمته كذا وكذا دينارا من سكة كذا مؤخرا الى أجل كذا ثمن ثوب حرير او شقة من الكتان ابتاع ذلك منه بما ذكر وقبضها بعد التقليب والرضا وشهد عليهما بذلك في كذا ﴿بيان﴾ اذا قلت في هذا العقد من معاملة جائزة ولم تسم المبيع ففي ذلك قولان للعلماء أحدهما ان ذلك جائز والثاني ان ذلك لا يجوز حتى يسمي أصل المعاملة لانه قد يكون عند المتبايعين جائزا وعند أهل العلم لا يجوز فاذا بين زال الاشكال وهو قول القاضي منذر بن سعيد وان لم يذكر قبض السلعة ثم قام المشتري وادعى انه لم يقبض السلعة وقد أشهد له بالثمن فالقول قول البائع في ذلك انه قبضها ويحلف بحرارة البيع قاله أصبغ ورواه عن ابن القاسم قال وأما اذا ادعى ذلك بعد الطول ووقت حلول الاجل فلا يمين عليه

يمين ويبقى المدعى عليه على حجته (فرع) قال ابن راشد فان قال لا أجاوبه حتى يبين الوجه الذى ترتب له ذلك به قبلى فللقاضى ان يسأله عن ذلك فان امتنع من بيانه لم يسأل المطلوب عن شئ الا أن يدعى نسيانا فيقبل ذلك منه بغير يمين والزم المطلوب الجواب وقال الباجى القياس ان يحلف لقد نسى (فرع) وان قال انا آتيه بوكيل يجاوبه ففى ذلك أقوال الأول الالزام ويقال له قل الآن ما تأمر به وكيلك قال أبو الاصبغ بن سهل وهو الصحيح عندى الثانى قال ابن الهندى يمكن من ذلك الثالث التفرقة فان كانت الدعوى قريبة المعنى أمر بالجواب ثم وكل فان ابى حمل عليه بالادب والا فله ذلك وبها العمل (فرع) وان قال لا أخاصمه عندك جبر عليه بالسجن والادب

(الباب الثانى والعشرون فى القضاء بالنكول عن حضور مجلس الحكم وبيان المواضع التى تجب فيها اجابة دعوة الحاكم وما لا تجب فيه الاجابة)

قال الماوردى فى تفسير قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية فى الآية دليل على انه من دعى الى حاكم فعليه الاجابة ويحرج ان تأخر وروى عن الحسن أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من دعى الى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم لا حق له انتهى من معين الحكام وفى الطرر لابن عات قال الشعبانى من ادعى على غيره دعوى فدعاه الى القاضى فامتنع ختم له خاتما من طين فان لم يأت بعث معه بعض اعوانه ليدعوه اليه فان امتنع وتوارى عنه سئل الخصم عن دعواه فان ادعى شيأ معلوما واثبت عليه بينة مرضية حكم عليه بذلك ان كان للمدعى عليه مال ظاهر فان لم يكن له مال ظاهر وثبت بالبينة انه فى منزله فمن الناس من يقول يبعث اليه رسولا ثقة مع شاهدين ينادى على بابه ثلاثا يا فلان القاضى فلان يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان والا نصب لك وكيلا ويسمع من شهود المدعى ويمضى الحكومة عليك فان لم يحضر وثبت عند القاضى انها دار سكناه وانه تغيب فيها وان الرسول دعاه فانه يأمر بطبع الدار وتسميرها بعد ان تفتش فان خرج أخذ منه الحق وعاقبه على امتناعه وتغيبه وفى المقنع لابن بطال اذا ثبت عند القاضى تغيب المطلوب فى موضع يمتنع فيه من الخروج فعلى القاضى ان يستعين بالسلطان ويبعث اليه ان يرسل الى الموضع الذى فيه المطلوب رجلا كان أو امرأة من يخرجهما منه الى حيث ينتصف منهما الا أن يدفعا الحق وهما بموضعهما فيؤخذ منهما وقال بعضهم ان امتنع المطلوب فى موضع أمر السلطان بتثقيف ذلك الموضع اذا لم يوصل اليه وضيق عليه حتى يخرج فاذا خرج أخذ منه الحق وعاقبه على امتناعه وان طال أمره وأضر ذلك بصاحب الحق أمر بالدخول عليه بهدم أو غيره لانه معاند للسلطان ولم يتعرض لما له الا بحق وان لم يمتنع الدخول عليه الا انه مختف فى الموضع الذى هو فيه أمر السلطان من يثق به من أهل الصلاح بعزل النساء الى ناحية من الموضع ويفتش الموضع الذى هو فيه الذى يطمع به فيه حتى

يفتش

...ذكر ذلك قيل وينبغى ان يبين الاجل فيقول فى أول شهر كذا أو فى آخره فاذا قلت فى شهر كذا فقال ابن لبابة ذلك أجل مجهول وحكى عن الفضل بن سلمة ان ذلك جائز ويكون عليه ان يدفع ذلك فى نصف الشهر ذكر ذلك فى المبسوط لاسمعيل القاضى وكذلك ذكر ابن العطار انه يحكم له بنصف الشهر وكذلك ذكر ابن مغيث عن ابن لبابة انه يحكم له بالشهر كله وذكر ذلك عنه أيضا فى كتاب الاستغناء انه اذا قال فى شهر كذا وقع على الشهر كله وقال بعض أصحابنا هو ضعيف وعليه ان يدفع اليه فيما بين أوله وآخره فان قال الى شهر كذا فيحتمل ان يكون فى أوله أو آخره وان قال فى صدر كذا فافتى ابن العطار بان الصدر الثلثان والنصف وخولف فى ذلك ويجوز البيع الى الجذاذ والحصاد والعصير ويحكم فى ذلك بمعظمه وكذلك يجوز البيع فى الاسواق على التقاضى اذا عرف قدر ذلك من أيام الشهر فاذا جاز ذلك الاجل وجب الغرم * قال ابن فتحون ويكتب فى ذلك ان احتيج الى اثباته عند النزاع فيه عقد يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه بأن تبايع الناس بسوق كذا على التقاضى فى مدينة كذا أقصاه عندهم الى شهر ونصف شهر أو عشرون يوما لا يتجاوزون ذلك فى القضاء فى غالب عادتهم وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا ويجوز بيع السلعة على ان يدفع اليه الثمن فى بلد آخر اذا ضربا لذلك أجلا فان كان الثمن عينا فيلزمه القضاء حيث لقيه وان كان عرضا فانه يقبضه منه حيث شرطه فاذا بقى من الاجل بقدر قطع المسافة التى بين البلدين أجبر على الخروج معه اليه أو وكيل ينوب عنه فى الدفع وسواء كان العرض مما فى حمله مؤنة أو مما لا مؤنة فى حمله لا يلزمه دفعه الا حيث شرطه لان الاثمان فى البلاد تختلف ولا يجوز بيع الجنس من المائع وغيره وأرخص

يفتش جميع المواضع فان أعيا السلطان أمره ولم يجده سمع من الطالب ومن بينته وقضى
لصاحب الحق عليه ولم ترج له حجة عقوبة له وان كان الذى عليه الحق امرأة أمر السلطان
امرأة تعرفها بالتفتيش عليها فان أخرجتها عرضت على من يعرفها لو يعرف عينها وثبت
عند القاضى انها هى المرأة المشهود عليها بجميع ما ذكر عنها وقضى عليها وفى الطرر ومنهم
من يرى ان يهجم عليه ومنهم من يرى ان يرسل القاضى عدلين مع جماعة من الخدم
والنسوان ومعهم الاعوان فيكون الاعوان بالباب وحول الدار ثم يدخل النساء ثم الخدم
ويعزل حرم المطلوب فيجعلون فى بيت وتفتش الدار ثم يدخل النساء الى منزل الحرم فيفتشنه
ويكون ذلك كله بغتة بغير اذنه لئلا يصرن النساء فى الدار ثم يدخل الخدم فى اثرهن وفى
معين الحكام قال ابن العطار فان ثبت تغيب المطلوب فى داره شدد عليه بأن يطبع باب
مسكنه ويخرج ما فيه من الحيوان من بنى آدم وغيرهم قال والطبع خير من التسمير لان
التسمير يفسد الباب وينقص ثقب المسامير ولامكان ان يزال التسمير ويعاد ولا يعلم بذلك
(تنبيه) وفى الوثائق المجموعة واذا رأى التسمير ولم ير ان يطبع على الباب فليثبت
عند القاضى انها داره وحينئذ يأمر بتسميرها قالوا وينبغى للقاضى ان لا يقبل قول
الرسول فى تغيب المطلوب حتى يكشف ويسأل (فرع) قال ابن سهل فى احكام
ابن زياد ان تغيب عن الحضور مع الطالب عند القاضى فمن حق الطالب السماع
من بينته والنظر له اذا تبين تورك المطلوب وتغيبه قاله ابن لبابة ويحيى بن عبد
العزيز ومحمد بن يحيى وعبيد الله بن الحسين وسعيد بن معاذ ومحمد بن غالب وأحمد بن يحيى
ومحمد بن وليد (فرع) ومن أحكام ابن سهل قال سحنون من ادعى دارا بالقيروان
والذى هى بيده غائب بتونس كتب قاضى القيروان الى قاضى تونس ان يقدم فلانا
يخاصم أو يوكل من يخاصم له فان ابى سمع من حجة المدعى وبينته فان اثبت الدعوى واوقع
البينة كشف عن البينة فان زكيت حكم عليه (مسئلة) وفى معين الحكام وغيره واذا تبين
ان المطلوب ألد بالمدعى ودعاه الطالب الى الارتفاع الى القاضى فأبى فيكون على
المطلوب اجرة الرسول اليه ولا يكون على الطالب من ذلك شئ ويؤدب القاضى كل من
أبى ان يرتفع اليه وقال مثله أبو عبد الله بن العطار (تنبيه) قال ابن الفخار فى الانتقاد
على ابن العطار ولا نعلم ذنبا يوجب استباحة المال الا الكفر وحده وليس مطله يوجب
استباحة ماله وان تكون أجرة الرسول عليه وانما هو ظالم بمطله وتبطل بذلك شهادته
ويستحق اسم الظلم وماله محرم ولا يؤخذ منه شئ قال بعض المتأخرين ما قاله ابن العطار
أولى لان هذا ليس من باب استباحة المال وانما هو ادخل غريمه فى غرم وعرض ما تلاف
ماله بعدم انقياده الى الحكم فتوجه عليه غرم ذلك (فرع) قال ابن رشد فى البيان اذا لم
يكن للشرط المتصرفين بين ايدى القضاة رزق من بيت المال يجعل للغلام المتصرف بين
الخصمين على الطالب الا ان يلد المطلوب ويختفى تعنيتا بالطالب فيكون الجعل فى

ابن القاسم فى بيع الزبل للضرورة اليه ولا يجوز بيع جلد الميتة وان دبغ ويفسخ البيع وان فات تصدق بثمنه عند ابن
القاسم هذا هو المشهور من مذهب مالك رضى الله تعالى عنه ان الدباغ لا يطهر طهارة كاملة لكنه يباح استعماله عنده فى
اليابسات والماء وحده ولا يباع ولا يصلى عليه وسواء كان من جنس ما يباح أكله كالانعام أو مما
لا يباح أكله كالحمر الحكم فى ذلك واحد وروى عنه ان الدباغ يطهر طهارة كاملة فيجوز بيعه والصلاة عليه وهو قول ابن وهب من أصحابه وعلى ذلك أكثر العلماء كالشافعى وأبى حنيفة وغيرهما رضى الله تعالى عنهم وأما جلد الخنزير فهو نجس عند كافة العلماء وان دبغ وفى عظام الميتة ثلاثة أقوال جواز بيعها ومنع بيعها والثالث جواز ذلك فى ناب الفيل دون ما سواه ومن باع بثمن بخس ما جهله مثل ان يبيع حجرا بثمن فاذا هو ياقوت فذلك جائز عليه عند مالك قال ولو شاء استبرأ لنفسه قال ابن حبيب وكذلك لو ظن المبتاع انه ياقوت فرفع فى الثمن فاخطأ فان ذلك يلزمه وقال ابن القاسم له ان يرده فان قال البائع من يشترى منى هذه الزجاجة فاذا هى ياقوتة أو قال المشترى بعنى هذا الياقوت فوجده مرجانا فلكل منهما القيام فى ذلك واذا ادعى الرجل فى سلعة انه ابتاعها من رجل آخر وأنكره فى ذلك فأتى المدعى ببينة فشهدوا له بالبيع ولم يسموا الثمن لم يجز حتى يشهدوا على البيع
والثمن جميعا قاله فى الاستغناء قال وقد قيل انه ان كان المبيع على النقد كانت للمبتاع بالقيمة والاول أحسن وقال ابن
فتحون الشهادة تامة عند مالك وان تمادى البائع على انكاره سئل المبتاع فان سمى ثمنا يشبه حلف وأخذه لم فان اتفق
المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ففى ذلك ثلاثة أقوال أحدها انهما يتحالفان ويتفاسخان البيع أبدا فاتت

المشتري السلعة فان قبضها فيكون القول قوله وهو قول سحنون ورواية ابن وهب عن مالك رضي الله تعالى عنه والثالث أنهما يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت السلعة فان فاتت فيكون القول قول المشتري وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة وبها القضاء وعلى المشهور

اذا أتى المشتري بما لا يشبه فيصير القول قول البائع اذا أتى بما يشبه فان أتيا بما لا يشبه فعلى المبتاع القيمة وكذلك ان تناكلا معا عن اليمين والسلعة قائمة فان الصفقة تنفسخ بينهما قاله ابن القاسم والبائع المبدأ باليمين في ذلك كله فان رضي المشتري بما حلف عليه البائع كان ذلك له وهل كذلك لاحدهما بعد التحالف ان يرضى بما حلف عليه الآخر أم لا في ذلك له قولان أحدهما ان ذلك له وهو قول ابن عبد الحكم وان البيع مفتقر الى الفسخ وهو الاظهر والثاني ان ذلك ليس له وبوقوع التحالف ينفسخ البيع كاللعان وهو قول سحنون والرجوع في الفوت بقيمة السلعة يوم البيع وهل حوالة الاسواق في هذا فوت أم لا في ذلك قولان أحدهما انه فوت وهي رواية ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنه والثاني انه ليس بفوت قال ابن رشد والصحيح ان فوت المكيل والموزون في هذا كفوت العروض وان الغيبة عليه كفوات عينه اذ لا يعرف بعينه بخلاف التفليس والاستحقاق فان اختلفا في جنس الثمن فقال أحدهما بدنانير أو دراهم وقال الآخر بعروض فانهما يتحالفان ويتفاسخان أبدا او يرد المشتري السلعة ان كانت قائمة أو قيمتها ان فاتت فان قال أحدهما من سكة كذا وقال الآخر من سكة أخرى فلهما السكة المتعارفة في تلك السلعة والا تحالفا وتفاسخا أبدا فاتت أولم تفت وفي كتاب ابن المواز اذا طلب البائع نقد كذا وقال المبتاع نقد كذا قضي بالمتعارف بالبلد فان ادعى البائع الموازنة وقال

احضاره عليه وهذه النصوص كلها تخالف ماقاله ابن الفخار (مسئلة) وفي احكام ابن سهل في الشريكين يطلب أحدهما القسمة ويتغيب الآخر قال ابن لبابة وابن وليد وابن غالب اذا تورك أحد الشركاء عن الحضور للقسمة وظهر ذلك للقاضي باتصال توركه أو بطول التردد في طلبه للحضور فلم يحضر أمر القاضي بالقسم عليه ووكل له من يقبض نصيبه فيبعث القاضي قاسما يرضاه ورجلين يقبلان عليهما يحضران القسم ووكيلا يوكله للغائب وكالة يشهد له بها فما حصل للغائب قبضه وكيله وكان قبضه له بامر القاضي كقبضه لنفسه لو كان حاضرا ويذكر في كتاب القسمة المعنى الذي وكل الوكيل لاجله من ثبوت التورك عنده (مسئلة) وفي البيان والتحصيل وكتب ابن غانم الى مالك بن انس رضي الله تعالى عنه يسأله عن الخصمين يختصمان في الارض فيقيم احدهما البينة بانها له فاذا علم خصمه بذلك هرب وتغيب فطلب فلم يوجد أيقضى عليه وهو غائب قال مالك رضي الله تعالى عنه اذا أثبت عندك الحجج وسألته على كل ماتريد ان تسأله عنه واستقر عندك علم كل ماتريد أن تسأله عنه فلم تبق له حجة فاقض عليه وهو غائب قال ابن رشد وهذا كما قال انه يقضى عليه بعد استيفاء علم ذلك وبحجته ولا يكون له اذا قدم ان يقوم بحجة بمنزلة ان لو قضى عليه وهو حاضر الا على القول بان المحكوم عليه اذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه يسمع منه فأما ان هرب وتغيب قبل ان يستوفي جميع حججه فالواجب في ذلك ان يتلوم له فان لم يخرج وتمادى على تغيبه واختفائه قضى عليه من غير ان يقطع حجته (فصل) ومما يلحق بهذا الباب الدعوى على المحبوس في حبس السلطان * واذا كانت للناس حقوق على من في حبس السلطان فان الحاكم يأمره ان يوكل من يخاصم عنه ويسمع الدعوى ويعذر اليه فان امتنع من التوكيل حكم عليه بعد ان يعذر اليه من المقنع لابن بطال

(فصل) في بيان المواضع التي تجب فيها اجابة الحاكم (منها) ان من دعى من مسافة القصر فما دونها وجبت عليه الاجابة لانها لاتتم مصالح الاحكام وانصاف المظلومين من الظالمين الا بذلك وان كان أبعد من المسافة فلا تجب الاجابة (ومنها) أن يدعوه الخصم الى حق مختلف في ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته فتجب الاجابة لانها دعوى حق وان اعتقد عدم ثبوته لم تجب لانه مبطل واذا دعاه الحاكم وجبت الاجابة له لان المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد (ومنها) النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها ان كانت للاقارب وان كانت للزوجة أو للرقيق فهو مخير بين ابانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الاجابة (ومنها) الفسوخ الموقوفة على الحكام (فصل) في بيان مالا تجب فيه الاجابة وفيما هو مخير فيه بين الاجابة وعدمها (فمنها) اذا دعاه ولم يكن له عليه حق لم تجب الاجابة او له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم فلا تجب الاجابة فان كان

قادرا

المبتاع بل شرطت النقد المعروف فهو مصدق قال ابن القاسم مع يمينه وكذلك اذا اختلفا عند محل الاجل حملا على النقد المعروف يوم التبايع قال ابن القاسم ان كان النقد في تلك السلعة مختلفا فسد البيع وفيها القيمة ان فاتت وفي الواضحة اذا تصادقا في عدد الثمن ولم ينصا وازنة ولا ناقصة حكم فيهما بالوازنة وان جرت الوازنة بينهم على التجاوز

قادرا على ادائه ولزمه اداؤه ولا يذهب اليه (ومنها) متى علم الخصم اعسار خصمه حرم عليه طلبه ودعواه الى الحاكم (ومنها) اذا دعاه خصمه وعلم انه يحكم عليه بجور لم تجب الاجابة وتحرم الاجابة اذا كان في الحكم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية (ومنها) اذا كان الحق موقوفا على الحاكم كتأجيل العنين فان الزوج يخير بين الطلاق فلا تجب الاجابة وبين الاجابة فليس له الامتناع منها وقد تقدم ما في نفقة الزوج والرقيق (تنبيه) متى طولب بحق يجب عليه اداؤه على الفور كرد المغصوب فلا يحل له ان يقول لخصمه لا أدفعه لك الا بالحكم لان المطل ظلم والوقوف على الحاكم صعب من القواعد للقرافي في الفرق الخامس والثلاثين والمائتين

(الباب الثالث والعشرون في القضاء بالتحالف من الجهتين)

وذلك بأن يتحالفا ويقسم المدعى فيه بينهما فيقضى لكل واحد منهما بيمينه أو يحكم بالفسخ بينهما فينفسخ عن كل واحد منهما ما لزمه بموجب العقد بيمينه وهذه المسئلة تدخل في أبواب كثيرة منها اختلاف المتبايعين واختلافهما يرجع الى ثمانية عشر نوعا يقع التحالف منهما في أحد عشر نوعا والاصل في ذلك الحديث اذا اختلف المتبايعان تحالفا وتفاسخا (النوع الاول) ان يختلفا في جنس الثمن فيقول أحدهما هذه دنانير ويقول الآخر ثوب فانهما يتحالفان ويتفاسخان اذ ليس تصديق أحدهما باولى من الآخر ويرد المبتاع قيمة السلعة عند الفوات وفي مفيد الحكام القول قول مدعى البيع او الشراء بالنقد مع يمينه وعلى الآخر البينة لان الدراهم هي الاثمان وبها يقع البيع (الثاني) ان يختلفا في نوع الثمن فيقول أحدهما هو قمح ويقول الآخر هو شعير فانهما يتحالفان ويتفاسخان (الثالث) ان يختلفا في مقدار الثمن فيقول أحدهما بعشرين ويقول الآخر بعشرة ولا خلاف انهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم يقبض المشتري السلعة اذ لا مزية لاحدهما على الآخر واذا ترجحت دعوى المشتري بقبض السلعة ففيها أربع روايات احداها ان المشتري يصدق في الثمن مع يمينه لقوة اليد الثانية انهما يتحالفان ويتفاسخان وان قبضها ما لم يبن بها فيصدق حينئذ للبينونة والروايتان لابن وهب الثالثة انهما يتحالفان ويتفاسخان وان قبضها وبان بها ما لم تفت بتغير سوق أو بدن فيكون القول قول المشتري وهي رواية ابن القاسم في المدونة وبها أخذ الرابعة انهما يتحالفان ويتفاسخان وان فاتت في يد المشتري ويرد القيمة بدل العين وهي رواية أشهب وبها أخذ وقال المازري وبهذه الرواية كان يفتي شيخنا وأنا أفتي به أيضا قال ابن راشد وانما يرد القيمة ما لم تكن أقل أو أكثر (فرع) وحيث قلنا بالتحالف فالبداءة بالبائع وقيل بالمشتري وقيل يقرع بينهما فلو نكلا فقال ابن القاسم يفسخ كما اذا تحالفا وقال ابن حبيب يمضي العقد بما قال البائع واذا فرعنا على قول ابن القاسم

لان ذلك على الطوع فاما ما يحكم به وما تبرئه اليمين على القضاء فعلى الوازنة التي ضربت عليها سكة تلك البلد ولو قال البائع شرطت الوازنة وقال المبتاع بل شرطت عليك ناقصة كذا فان كان البلد لا تجري فيه الا الوازنة صدق البائع مع يمينه في قيام السلعة فان كان بها أمر معروف صدق مدعيه مع يمينه في قيام السلعة أو فوتها وان لم يكن بها نقد معروف أو كان نقدها مختلفا تحالفا وتفاسخا في قيامها وان كانت بيد المبتاع صدق مع يمينه قال ابن أبي زيد انما يتحالفان بدعواهما الشرط ولو قال لم اشترط شيئا فسخ البيع قاله ابن القاسم وان كان الاختلاف في الاجل فقال البائع بالنقد وقال المشتري بالنسيئة فاما ان تكون السلعة قائمة أو فائتة فان كانت قائمة تحالفا وتفاسخا وقيل ان ادعى المشتري أمدا قريبا لا يتهم فيه ويشهد له العرف كان القول قوله والا تحالفا وتفاسخا وان كانت السلعة فائتة ففي ذلك قولان أحدهما ان القول قول البائع مع يمينه وهي رواية ابن وهب عن مالك وقول ابن المواز والثاني ان القول قول المبتاع والقولان لابن القاسم وان اتفقا على الاجل واختلفا في انقضائه فالقول قول المبتاع انه لم ينقض حتى يثبت خلافه وان كان الاختلاف في قبض الثمن فان كان المبيع مما العرف فيه بيعه بالنقد كالحنطة والزيت واللحم والفاكهة وشبه ذلك فالقول فيه قول المبتاع مع يمينه لقد دفع حين العقد

قيل لاحدهما ان يلزم صاحبه البيع بما ذكر قولان واذا قلنا بقول ابن حبيب فهل
يفتقر البائع الى يمين أم لا قولان (فرع) هل ينفسخ البيع بتمام التحالف أو يفتقر الى
الحكم قولان الاول قول سحنون والثاني قول ابن القاسم وابن عبد الحكم وثمرة الخلاف ان
رضي أحدهما بقول الآخر فعلى قول ابن القاسم له ذلك وعلى قول سحنون ليس له ذلك
وقال بعض القرويين ان تحالفا بأمر القاضي فلا بد من الحكم والا انفسخ بتمام التحالف
(الرابع) اذا اختلفا في تعجيل الثمن وتأجيله فقال البائع بعت بنقد وقال المشتري بل
بنسيئة فالقول قول من ادعى العرف مع يمينه فان لم يكن لتلك السلعة عرف فقال ابن
القاسم يتحالفان ويتفاسخان وقال ابن وهب ان كانت السلعة بيد البائع فهو مصدق مع
يمينه وان قبضها المبتاع صدق مع يمينه وان ادعى ما يشبه وقيل ان ادعى المبتاع أجلا
قريبا يتحالفان ويتفاسخان ان كانت السلعة قائمة ويكون القول قول المشتري مع
الفوات وان ادعى أجلا بعيدا فالقول قول البائع (فرع) وان اتفقا على الاجل واختلفا
في قدره فالقول قول المبتاع مع الفوات ويتحالفان ويتفاسخان ان كانت السلعة قائمة وان
اتفقا على الاجل واختلفا في انقضائه فالاصل عدم الانقضاء فيكون القول قول مدعيه مع
يمينه (الخامس) اذا اختلفا في الخيار والبت فقال ابن القاسم القول قول مدعي البت مع
يمينه وقال أشهب القول قول مدعي الخيار وقيل يجري فيه الخلاف الذي تقدم في
اختلافهما في مقدار الثمن فان ادعى كل واحد منهما انه اشترط الخيار لنفسه دون الآخر
فاختلف هل يتحالفان ويتفاسخان أو يتحالفان ويثبت البيع قولان لابن القاسم
(السادس) اختلافهما في الرهن والحميل وذلك كاختلافهما في قدر الثمن لان الثمن يزيد
مع فقدهما وينقص مع وجودهما (السابع) اذا اختلفا في عين المبيع فلا يخلو ان يختلفا
في ذلك قبل القبض أو بعده فان اختلفا فيه قبل القبض فقال البائع بعت منك هذا
الثوب وقال المبتاع بل هذا تحالفا وتفاسخا وان اختلفا فيه بعد القبض فالقول في
ذلك قول البائع مع يمينه وكذلك لو قال رددته عليك بعد التحالف والتفاسخ
لان الاصل انه من ضمان المبتاع فلا يزال في ضمانه حتى يقر له البائع بالقبض أو تقوم له
البينة (الثامن) اذا اختلفا في قدر المثمون في بيع النقد ففيه الاقوال المتقدمة في
اختلافهما في قدر الثمن ذكره المازري (التاسع) اذا اختلفا في قدر المسلم فيه فحكى ابن
يونس عن ابن المواز انهما اذا اختلفا في القدر بالقرب من عقد السلم تحالفا وتفاسخا وان
اختلفا في ذلك عند حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه مع يمينه ان أتى بما يشبه وان أتى
بما لا يشبه فالقول قول المسلم فيما يشبه قال محمد فان أتيا بما لا يشبه حملا على الوسط مما يشبه
من سلم الناس (العاشر) اذا اختلفا في الجودة فقال رب السلم سمراء وقال المسلم اليه
محمولة فقال ابن حبيب القول قول المسلم اليه وقال فضل بن سلمة يتحالفان ويتفاسخان
(الحادي عشر) اذا اختلفا في موضع القضاء صدق مدعي موضع العقد فان لم يدعه واحد

ابن القاسم قال وسواء كان ما بيع من ذلك قليلا أو كثيرا القول فيه قول المبتاع وقال يحيى بن عمر ان كان مما يبيع من ذلك
كثيرا فالقول فيه قول البائع وانما يكون القول قول المبتاع فيما قل من ذلك خاصة للعرف قال ابن
القاسم وما عدا ذلك من البز والحيوان والرقيق والربع والعقار فالقول فيه قول البائع ولو بعد عشرين سنة حتى يجاوز الوقت الذي يجوز اليه البيع وقال ابن حبيب القضاء في ذلك ان القول قول البائع في العام والعامين فان مضى له ذلك فالقول قول المبتاع وليس يباع هذا على التقاضي الا البز وشبهه مما يباع على التقاضي والى أجل فالقول فيه قول البائع ما لم يطل جدا فان قام بعد عشرة أعوام وشبهها مما الابتياع ذلك الى مثله صدق فيه المبتاع مع يمينه روى ذلك مطرف وابن الماجشون عن مالك وقالا به والاختلاف في قبض السلعة المبيعة اذا لم يكن اشهاد بثمن ولا غيره كالاختلاف في قبض الثمن قال بعض المتأخرين والاصل بقاؤهما الا ان يقضي العرف بخلاف ذلك كطول الزمان ونحو ذلك فالرجوع في ذلك الى العوائد واذا ادعى أحدهما الصحة وادعى الآخر الفساد ففي المدونة القول قول مدعي الصحة وقيل ان غلب الفساد فالقول قول مدعيه وفي مسائل ابن الحاج اذا ادعى رجل انه باع شقة من
رجل وقال الآخر بل أخذتها لو فصلتها فاقبل ان اتفق معك على ثمن فالقول قول مدعي الحلال منهما اذا
أشبه فيوجه الى أهل البصر فان أشبه ما قاله في الثمن حلف وأخذه (والحكم) في بيع المزايدة اذا وقع الاختلاف فيه ان كل
من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها ان أراد صاحبها ان يضمنها له بما أعطى فيها ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو

منهما فالقول قول المسلم اليه فان تباعد قولهما وأتيا بما لا يشبه تحالفا وتفاسخا وذلك اذا تباعدت المواضع جدا حتى لا يشبه قول واحد منهما ﴿فصل﴾ والتحالف والتفاسخ يجرى فى النكاح اذا اختلف الزوجان فى نوع الصداق أو عدده قبل البناء من غير موت ولا طلاق فانهما يتحالفان و يتفاسخان وقال ابن حبيب اذا تنازعا فى ذلك بعد البناء تحالفا ووجب صداق المثل ﴿فصل﴾ واذا تنازعا دارا ليست فى أيديهما قسمت بينهما بعد ايمانهما ﴿فصل﴾ واذا اختلف المتكاريان فى الدور والارضين والدواب فى مقدار الأجرة أو فى جنسها أو فى مدة الاجارة فالحكم فى ذلك كاختلاف المتبايعين فى التحالف والتفاسخ ﴿فصل﴾ واذا اختلف رب الحائط والعامل فى المساقاة فى غلمان الحائط والدواب فقال العامل كانوا فيه وانكر رب الحائط فانهما يتحالفان و يتفاسخان وكذلك اذا اختلفا فى جزء المساقاة قبل العمل تحالفا وتفاسخا ﴿فصل﴾ واذا كان لرجل على آخر دينان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضاه أحد الحقين ثم اختلفا فقال رب الدين هو الذى ليس فيه رهن وقال المطلوب هو الذى فيه الرهن تحالفا وقسم ذلك بين الحقين وهذا اذا ادعيا انهما بينا ذلك عند دفع الحق وأما لو دفعه المطلوب ولم يذكر شيأ فلم يختلف انه يقسم اذا كانا حالين أو مؤجلين لاستوائهما والا فالقول قول من ادعى انه من الحال

﴿الباب الرابع والعشرون فى القضاء باليد والترجيح بها وبالبينات﴾

واذا ادعى رجلان شيأ فان كانت الدعوى متساوية مثل ان يدعى كل واحد جميعه فان لم يكن فى أيديهما وكان فى يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم به لأحدهما الا ببينة فان اقام أحدهما بينة به حكم له به فان اقام الآخر بينة نظر الى أعدل البينتين فحكم بها فان تساويا فى العدالة عرضت اليمين عليهما فان نكل أحدهما حكم به للحالف فان حلفا قسم بينهما وان نكلا تركا على ما كانا عليه وان كان ذلك الشئ فى أيديهما فالحكم فيه مثل ما لو لم يكن فى أيديهما سواء ثم حيث قلنا يقسم فان كان فى يد غيرهما فانه يقسم على قدر الدعاوى فان كان بأيديهما فقيل يقسم على قدر الدعاوى وقيل يقسم بينهما نصفين لتساويهما فى الحيازة الا ان يسلم أحدهما لصاحبه بعض حيازته واذا فرعنا على القول بالقسمة على قدر الدعاوى فقد اختلف فى كيفية ذلك فروى ابن حبيب عن مالك ان جميعه يقسم على قدر الدعاوى وان اختلفت الحصص المدعى بها كعول الفرائض وبه قال مطرف وابن كنانة وابن وهب وأشهب وأصبغ وقال ابن القاسم وابن الماجشون وان اختلفت الدعاوى فانما يقسم ما اشتركوا فيه فى الدعوى فيقسم بينهما على السواء أما ما اختص به أحدهما فلا يقاسمه فيه الآخر فلو تداعيا فى دار مثلا فادعى أحدهما جميعها وادعى الآخر نصفها فعلى قول مالك ومن تابعه تقسم بينهما اثلاثا المدعى الكل سهمان والمدعى النصف سهم وعلى قول ابن القاسم وابن الماجشون تقسم ارباعا المدعى الكل ثلاثة أسهم والمدعى

يسكت حتى ينقضى مجلس المناداة وهو مخير فى أن يتمها لمن شاء ممن أعطى فيها ثمنا وان كان غيره قد زاد عليه قال ابن رشد هذا الذى أحفظ فى هذا من قول الشيخ أبى جعفر بن رزق وهو صحيح فى المعنى فان أعطيا فيها ثمنا واحدا لم يكن للبائع اختيار فى ان يلزمها أحدهما فهما شريكان فيها وقال عيسى هى للاول الا ان يزيد عليه الثانى ولا ينبغى للصائح ان يقبل من الثانى مثل الذى أعطاه الاول الا ان يزيد عليه (و بيع) المرابحة جائز عند جمهور العلماء وهو ان يسمى الثمن الذى اشتراه به ويعطيه فيه ربحا ما يتفقان عليه ويحسب فيه كل ماله تأثير فى عين المبيع من خياطة وصبغ ونحو ذلك فان اشتراها الى أجل فلابد ان يبين وكذلك ان اشتراها بعرض ففى جواز بيعها مرابحة خلاف فروى عن ابن القاسم انه يجوز له بيع ذلك على ما اشتراه من العرض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز بيعها مرابحة أصلا فان باعها مرابحة ثم ظهر ببينة أو باقراره ان الثمن كان أقل فان كانت السلعة قائمة فالمشترى بالخيار بين ان يأخذها بالثمن الذى ثبت أو يتركها الا ان يلزمه البائع أخذها بالثمن الاول فله ذلك فان فاتت السلعة خير البائع بين رد المشترى قيمتها أو رد الثمن وامضائه البيع بالثمن الذى صح انه اشتراها به فان باعها وثبت بعد ذلك ان الثمن كان أكثر وانه وهم فى ذلك فانه يجبر المبتاع على ان يؤدى ذلك الثمن ان اراد حبسها وان فاتت فهو مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو الثمن الذى ثبت انه اشتراها به * ومن أخذ سيفا أو قوسا أو آنية فخار ليقلبها فانكسر السيف أو القوس أو الفخار عند التقليب فان كان ذلك باذن صاحبه فلا شئ عليه عند مالك رضى الله تعالى عنه وان كان ذلك بغير اذنه فهو ضامن وكذلك الدابة وغيرها عنده وقال أصبغ وكذلك ان أخذ الفخار وصاحبه يراه ولم يأذن له

النصف سنهم من ابن راشد وان كان فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة وتساويتا فى العدالة ترجح جانب الذى بيده ذلك لكونه حائزا فيحكم له به مع اليمين وهذا معنى قولهم تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ هذا هو المشهور وقال عبد الملك لا ينتفع الحائز ببينته وبينة المدعى أولا لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى فخص البينة بالمدعى (فرع) فان نكل الحائز حلف المدعى وحكم له به فان نكل أقر على يد من هو فى يده (فرع) وعلى المشهور فان كانت بينة الخارج أرجح قدمت لان اليد لا اعتبار لها مع الحجة الضعيفة ثم هل يحلف الخارج لاجل اقتران اليد والبينة قولان (فرع) قال القاضى عبد الوهاب وسواء كانت الدعوى فى ملك مطلق غير مضاف الى سبب أو فى ملك غير مطلق وهو المضاف الى سبب يتكرر أولا يتكرر فالمطلق ان يقيم بينة بان هذا الشئ له ملكا مطلقا وغير المطلق هو المضاف الى سبب وهو ان يبين سبب الملك مثل ان يقيم بينة بأن هذا العبد ملكه ولد فى ملكه وان هذه الدابة نتجت فى ملكه وان هذا الثوب ملكه نسج فى ملكه ثم هذا السبب على ضربين منه ما يمكن ان يتكرر فى الملك مثل الغراس اذا قال كل واحد منهما غرسته فى ملكى فهذا يمكن ان يتكرر بأن يغرس دفعتين وهكذا نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن ان ينسج دفعتين ومنه ما لا يمكن تكراره كالولادة والنتاج ونسج ثوب القطن

(فصل) اذا تعارضت البينات وأمكن الجمع بينهما جمع وان لم يمكن رجع الى الترجيح ان أمكن والترجيح يحصل بوجوه (الاول) الزيادة فى العدالة والمشهور الترجيح بذلك قال ابن عبد السلام وروى عن مالك رضى الله تعالى عنه انه لا يرجح بها وعلى الاول فلا بد من حلف من زادت عدالة بينته وفى الموازية لا يحلف بناء على أن زيادة العدالة هل هى بشاهد واحد أو بشاهدين من التوضيح ولا يرجح بكثرة العدد على المشهور وروى مطرف وابن الماجشون انه يرجح بكثرة العدد عند التكافؤ فى العدالة الا ان يكثروا كثرة يكتفى بهم فيما يراد من الاستظهار والآخرون كثيرون جدا فلا تراعى الكثرة حينئذ وانما يقع الترجيح بمزية العدالة دون مزية العدد (تنبيه) قال ابن عبد السلام من رجح بزيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق وانما اعتبره مع قيد العدالة (الثانى) قوة الحجة فيقدم الشاهدان على الشاهد واليمين وعلى الشاهد والمرأتين اذا استووا فى العدالة قاله أشهب وقال ابن القاسم لا يقدمان ثم رجع ابن القاسم لقول أشهب قال ابن القاسم ولو كان الشاهد اعدل من كل واحد منهما حكم به مع اليمين وقدم على الشاهدين وقال ابن الماجشون ومطرف لا يقدم ولو كان اعدل أهل زمانه وهو اقيس لان بعض أهل المذهب لا يرى اليمين مع الشاهد (الثالث) اشتمال احدى البينتين على زيادة تاريخ متقدم أو سبب ملك مرجح مثل ان تشهد بينة انه ملكه منذ سنة وتشهد الاخرى للآخر انه ملكه منذ سنتين فتقدم السابقة وأما سبب الملك فمثل ان تذكر احدى البينتين سبب الملك من نتاج

...لاف وكذلك ان أخذ قلال الخل ليبروزها فتكسرت فهو ضامن بلا اختلاف

ويجوز بيع الثمار والمقاثى والخضر والغلات كلها اذا بدا صلاحها فان لم يبد صلاحها فلا يجوز بيعها الا على القطع فان لم يشترط القطع فقولان مشهورهما انه محمول على التبقية ويفسخ ان نزل وأما اذا بدا صلاحها وظهر طيبها فيجوز بيعها على التبقية وغيرها (ويكتب فى ذلك) عقد اشترى فلان من فلان جميع عصير كرمه أو فاكهة جنته بمكذا حدودها كذا بعد ان بدا صلاحها وبدا طيبها اشتراء صحيحا عرفاه بثمن مبلغه كذا قبضه البائع أو لاجل كذا وقبض المشترى مشتراه قبض مثله بعد التقليب والنظر والرضا وشهد عليهما بذلك فى كذا (بيان) بدو الصلاح فى ذلك زهو الثمار واطعام ما يطعم من ذلك وامكان الانتفاع به واذا بدا صلاح شجرة واحدة فى جنة أو طيب نوع من أنواع العنب فى الكرم جاز بيعه فان كان الطيب فى جنس واحد وثمر الجنة مبكرا وفى غيرها متأخرا فانه يفرد بالبيع ولا يباع الشتوى مع الصيفى قال ابن رشد اختلف فى الحد الذى يجوز فيه بيع ثمر الحائط على أربعة أقوال أحدها انه لا يجوز حتى يعمها الزهو والثانى انه يجوز بيعه وان لم يعمه الزهو اذا ازهى بعضه وكان زهو سائره قريبا متتابعا والثالث انه يجوز بيعه اذا أزهى بعضه وان لم يقرب زهو سائره اذا اتصل طيبه ولم ينقطع او الاول قبل أن يبدو الثانى والرابع انه يجوز بيعه وان لم يظهر فيه الزهو واذا ظهر فيما حواليه وكان الزمان قد أمنت فيه العاهات وما استعجل زهوه من الثمار لعارض و بسبب من مرض فى الثمرة وما أشبه ذلك فلا اختلاف فى انه لا يستباح به بيع

أو زراعة وتكون شهادة البينة الاخرى مطلقة لا تذكر سوى مجرد الملك فانه يرجح من ذكر السبب ﴿تنبيه﴾ حكى القرافي في كتاب الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام في السؤال السابع والثلاثين ان مذهب المالكية انه لا يحكم بأعدل البينتين عند التعارض الا في الاموال خاصة ﴿فرع﴾ اذا شهدت بينة بملكيته بالامس مثلا ولم تتعرض للحال لم تسمع حتى يقولوا ولم تخرج عن ملكه في علمهم وفي المدونة في كتاب العارية وان شهدوا ان الدار له ولم يقولوا الا نعلم انه باع ولا وهب فانه يحلف على البت لا باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له وقال أشهب مثله ان لم يقدر على سؤالهم وان وجدوا سئلوا قال ابن القاسم فان أبوا ان يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة انظر تمام المسئلة في ابن عبد السلام ﴿فرع﴾ واذا شهدت بينة لرجل بأن فلانا أقر لخصمه منذ كذا بهذا الشئ المتنازع فيه فانه يقضى للمشهود به ويكتفى بهذه الشهادة وان لم تقل الشهود ولا نعلم خروج ذلك عن ملكه الى الآن لان حكم الاقرار مستصحب فعليه بيان صحة ما يدعيه بعد ذلك بشراء من المشهود له أو بغير ذلك من أسباب الاملاك ﴿فرع﴾ وكذا لو قال أحد الخصمين كان هذا الشئ المتنازع فيه ملكا بالامس لخصمي فذلك اقرار منه لخصمه فيحكم عليه باقراره ويستصحب حكم الاقرار كالفرع السابق ﴿فرع﴾ وكذلك لو شهد شاهدان أن أحد الخصمين اشتراه من الآخر فقد حصل زوال ملك البائع عن المبيع ﴿فرع﴾ ولو شهد شاهدان أنه كان في يد المدعى أمس لم يأخذه من شهد له بذلك لان كونه في يده لا يدل على انه ملكه ولا أنه مستحق له بوضع يده عليه ﴿فرع﴾ ولو شهد شاهدان أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما في يديه فانه يحكم على هذا الغالب بأن يرده الى المغلوب عليه ويكون هذا المردود اليه صاحب يد وهو اعم من الملك ولا يشهدون بانه ملك ﴿فرع﴾ ولو شهدت احداهما بالملك وشهدت الاخرى بالحوز قدمت بينة الملك لان الملك أقوى والحوز قد يكون لغير ملك فيقضى ببينة الملك وان كان تاريخ الحوز متقدما ﴿فرع﴾ وتقدم البينة الناقلة على المستصحبة ومثالها ان تشهد بينة ان هذه الدار لزيد بناها منذ مدة ولا يعلمونها خرجت عن ملكه الى الآن وتشهد البينة الاخرى ان هذا اشتراها منه بعد ذلك فالبينة الناقلة علمت والمستصحبة لم تعلم فلا تعارض بين الشهادتين ﴿فصل﴾ واذا لم يمكن الترجيح بين البينتين سقطتا وبقي المدعى فيه بيد حائزه مع يمينه فان كان بيد غيرهما فقيل يبقى بيده وقيل يقسم بين مقيمي البينتين لاتفاق البينتين على اسقاط ملك الحائز واقرار من هو بيده لاحدهما فينزل منزلة اليد للمقر له

﴿الباب الخامس والعشرون في القضاء بقول المدعى لرجحانه بالعوائد وقرائن﴾ ﴿الاحوال اولا تصافه بالامانة أو غير ذلك من وجوه الترجيح﴾

ونذكر في هذا الباب نبذة يسيرة على وجه المثال ﴿مسئلة﴾ يقبل قول المرأة

ذلك الحائط قال مالك وكل ما يكون بطونا كالقثاء ونحوه فلا بأس ببيعها اذا بدا صلاح أولها وكان نباتها متصلا فاما ان نبت ثم انقطع ثم نبت فلا خير فيه ويكون للمشتري استقلال ذلك الى آخرا بانه فان تنازعا في قلعه رجعا في ذلك الى العادة ولا يجوز ضرب الاجل في ذلك الى ما كان منه لا ينقطع كالموز الذي يبقى سنين لا ينقطع فلا بد من ضرب الاجل في ذلك باتفاق ويجوز بيع ما كان من ذلك غائبا في الارض كاللفت والبصل ونحو ذلك اذا بلغت مبلغ الانتفاع بها وعرف حالها والسقي في الثمرة والخضر والقصيل وغير ذلك من هذه المبيعات على البائع حتى يتم قطعها وخالف في ذلك سحنون وبالاول العمل وقال التونسي في القصيل سقيه على البائع ولا يقصد به زيادته وانما يقصد به ان ترك سقيه فسد والسقي عليه ﴿وسئل﴾ بعض الفقهاء المتأخرين في رجل باع قصيلا بذهب أو طعام فحصده المبتاع ثم نزل الغيث فقام فيه خلفة أخرى لمن تكون الخلفة ﴿فقال﴾ ليس للمبتاع الا الجزة الاولى والخلفة للبائع الا ان يشترطها المبتاع ذكر ذلك في مسائل ابن الحريري وغيره ويجوز لبائع الثمرة ونحوها مما ذكر ان يستثنى ما شاء منها الربع أو النصف أو أكثر ويكون البيع في الجزء الآخر فتقول باع منه النصف في شركته بالنصف أو الربع في شركة البائع بالباقي قال ابن فتحون في وثائقه وقال عبد الملك انما يجوز له ان يستثنى النصف فاقل فان استثنى وزنا معلوما أو كيلا معلوما من ذلك فيجوز ذلك اذا كان الثلث فاقل ولا يجوز ان يكون أكثر من ثلث الثمرة أو المبيع (ويكتب في ذلك ما نصه) واستثنى البائع كذا وكذا رطلا من العنب أو كذا من الرمان أو التين يأخذه كذا في كل جمعة أو عند جذاذه والتزم المشتري دفع ذلك كما ذكر وهذا المستثنى يسير في المبيع أقل من ثلثه فان كان

في الاصابة اذا خلا بها خلوة اهتداء ويحكم عليه بالصداق وان كان منكرا للوطء لان الخلوة بها أول مرة يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل اليها وهل يلزمها يمين أم لا قولان وفي خلوة الزيارة خلاف قيل القول قولها قال ابن أبي زيد وهو الاشبه وقيل قول الزائر منهما وهو المشهور وقيل القول قول الثيب وينظر النساء البكر ﴿مسئلة﴾ اذا أقر الوصي انه قبض من الغرماء ما عليهم وضاع صدق وان لم تقم له بينة على الدفع لكونه قائما مقام أبيهم في النفقة والامانة ﴿مسئلة﴾ واذا أقر الاب انه قبض النقد من صداق ابنته من الزوج وادعى تلفه فروى أصبغ عن ابن القاسم ان الاب مصدق وان كان قبضه بغير معاينة البينة ويبرأ الزوج ويدخل بزوجته وكذا الوصي قال ابن العطار وغيره ويلزم الاب اليمين لحق الزوج في تجهيز زوجته به ﴿مسئلة﴾ اذا ادعى المعترض انه وطئ زوجته فالقول قوله مع يمينه وقيل بغير يمين قاله مالك في الواضحة وقيل ينظر النساء البكر والاول هو المشهور ﴿مسئلة﴾ اذا ادعت المرأة انها ولدت هذا الولد فالقول قولها بخلاف الامة ﴿مسئلة﴾ يقبل قول الوصي فيما انفق على اليتيم اذا اشبه قوله الصدق وقيل يقبل قوله فيما انفق في عمارة ربعه وختانه اذا اشبه الصدق ﴿مسئلة﴾ يقبل قول الزوج انه انفق على زوجته اذا كان مقيما معها وادعت انه لم ينفق عليها لشهادة العرف له ﴿مسئلة﴾ يقبل قول المرأة انها انقضت عدتها ولا يمين عليها اذا كان الزمن ممكنا وان كان على خلاف عادتها ﴿مسئلة﴾ اذا ادعت المرأة ان عدتها انقضت بسقط قبل قولها وان كان ذلك بعد الطلاق بيوم ولا يمين عليها ولا يلتفت الى تكذيب الجيران لها ﴿مسئلة﴾ يقبل قول الامة ان هذا الولد الذي معها ولدها فلا تجوز التفرقة بينهما في البيع ولا يعمل بقولها في الميراث فلو عتقا لم يتوارثا بدعواهما ﴿مسئلة﴾ اذا خيف غرق المركب وطرح منه ما يرجى به سلامته فالقول قول المطروح متاعه فيما يشبه وقال ابن القاسم هو مصدق مع يمينه في ثمن متاعه المطروح ما لم يأت بما يستنكر وقال سحنون لا يمين عليه الا ان يتهم فيحلف ﴿مسئلة﴾ اذا ادعى المساقي انه دفع لرب الحائط الجزء الذي ساقاه عليه وقال رب الحائط بعد فراغ المساقاة لم يدفع العامل لي شيأ فقال مالك ان كان قد جذ الثمرة فلا شئ له وعلى العامل اليمين كان بقرب الجذاذ او بعده وكذلك لو جذ بعضها رطبا والباقي تمرا فقال قبل جذاذ الثمرة لم يدفع لي شيأ من الرطب ولا من ثمنه فالعامل مصدق مع يمينه قال ابن يونس لان حقه في عين الثمرة لا في ذمة العامل لجريان العادة بدفع ذلك بغير اشهاد ﴿مسئلة﴾ من حاز شيأ مدة تكون الحيازة فيه معتبرة والمدعي حاضر ساكت وليس له عذر في سكوته ثم يقوم على الحائز ويدعي عليه فادعى الحائز الشراء كان القول قوله مع يمينه ﴿مسئلة﴾ واذا ادعى المودع رد الوديعة فالقول قوله مع يمينه وهو مدع وانما ترجح قوله لانه استأمنه والامين مصدق ﴿مسئلة﴾ وكذلك لو ادعى البائع انه باع بالدراهم وقال المشتري بل بسلعة فالقول قول البائع لقوة قرينة صدقه لان الدراهم هي الاثمان وبها يقع البيع

الجملة فهل يجوز ذلك أم لا في ذلك قولان عن مالك رضي الله تعالى عنه وبالمنع قال ابن القاسم وأشهب فان أجيحت الثمرة وضع من المستثنى بقدره وقيل لا يوضع من المستثنى شئ وان لم تبلغ الجائحة الثلث لم يوضع من المستثنى شئ بالاتفاق وان استثنى ثمرات معينة جاز باتفاق ولا يعتبر في ذلك الثلث ولا غيره لان المبيع تناول ما سواها وان لم يعين وشرط الخيار لنفسه جاز عند مالك رضي الله تعالى عنه ان كانت الثلث فاقل ولا يجوز على ان يكون الخيار للمبتاع وسوى ابن القاسم بين البائع والمبتاع وقال لا يجوز ان يكون له الخيار أيضا وكذلك ان لم يستثن شيأ وذهب الى ان يبتاع منه فانما يجوز له ان يبتاع مقدار الثلث فاقل ويكون الثمن مقاصة من الثمن الاول الا ان يكون انتقد الثمن فيكون له ان يبتاع منه بالنقد أو بالتأخير ما لم يكونا من أهل العينة ومن باع عصير كرمه بذهب فلا يجوز له ان يأخذ في ثمنه قمحا ولا شعيرا ولا شيأ من الطعام ﴿وسئل﴾ بعض الفقهاء المتأخرين في رجل باع عصير كرمه بذهب فلما حل الاجل لم يكن له ما يعطيه فقال له أعطيك في ثمنه زبيبا منه ﴿فقال﴾ لا يجوز من ذلك شئ وهو الربا بعينه ويجوز لمن وهب ثمرة لرجل بعينه ان يشتريها منه بخرصها من نوعها يؤدي ذلك عند الجذاذ وذلك بعد ان تزهى ويشترط ان تكون خمسة أوسق فادنى فان زادت فلا يجوز ذلك وهي بيع العرية التي وردت السنة بالرخصة فيها على الشرط المذكور ﴿مسئلة﴾ ﴿فصل﴾ وضمان الثمار وهذه المبيعات الخضرات كلها من البائع ما بقيت لم تقطف أو لم تطب فان تركها المبتاع بعد ان تناهى طيبها وبلغت مبلغا لا تزيد فيه ثم أصابتها جائحة فلا رجوع ولا قيام له ومن قول مالك

{مسئلة} اذا باع السمسار سلعة فوجد المشترى بها عيبا فسأل السمسار عن رب السلعة فقال لا أعرفه حلف انه ما يعرفه {مسئلة} اذا وضعت الجارية المستبرأة عند المشترى واستأمنه عليها البائع فقال بعد شهرين أو ثلاثة لم تحض أو ماتت صدق فى ذلك وكان القول قوله {مسئلة} ومن دفع ثوبا الى رجل يخيطه له بلا أجرة والرجل ليس من الصناع الذين نصبوا انفسهم للناس بالاجر فادعى ضياع الثوب من عنده فلا ضمان عليه وعليه اليمين انه ضاع من غير تفريط {مسئلة} اذا ادعى المضروب ذهاب جميع سمعه أو جميع بصره فالقول قوله بعد الاختبار بما يمكن ويصدق مع يمينه لانه لا يمكن التوصل الى صدقه الا من قوله {مسئلة} ومن ادعى انه أمن رجلا من أهل الحرب فانه يقبل قوله وان لم يكن له بينة على تأمينه هذا قول ابن القاسم وقال سحنون لا يقبل الا ببينة {مسئلة} واذا ادعت المرأة الغريبة الطارئة من بلد بعيد انه لا زوج لها فالقول قولها ويزوجها الحاكم اذا لم يطمع فى الوقوف على حقيقة دعواها {مسئلة} واذا قدمت امرأة مبتوتة وادعت انها تزوجت قبل قولها وحل للذى طلقها ان يتزوجها {مسئلة} اذا ادعى المأمور انه تصرف كما أمره الموكل فقال الموكل لم تتصرف بعد فالقول قول المأمور لانه أمين {مسئلة} ولو قال المأمور بعت السلعة بعين وقال الآمر أمرتك ان تبيعها بعرض فالمأمور مصدق لان من باع بعين فالاصل يعضده لانها القيم التى يتبايع الناس بها غالبا {مسئلة} وكذلك لو أمره الموكل ببيع سلعة أو شرائها وادعى المأمور انه دفع ذلك الى الآمر فالقول قول المأمور وكذلك القول قول الوكيل فى ضياع الثمن {مسئلة} واذا ادعى المستأجر انه رد ما استأجره من العروض فهو مصدق لان يده يد امانة قبض ذلك ببينة أو بغير بينة رواه اصبغ عن ابن القاسم {مسئلة} اذا ادعى الغاصب انه غصب الثوب خلقا وقال ربه بل جديدا فالقول قول الغاصب مع يمينه واذا حلف ادى قيمته خلقا

{فصل} فى تصدق المدعى عليه والرجوع الى قوله {مسئلة} اذا اختلف المبتاع والشفيع فى مرور السنة وانقضائها بعد البيع ولا بينة فالشفيع مصدق مع يمينه وهو مدعى عليه لان الشفعة قد وجبت له والمشترى مدع لتاريخ يسقط ما ثبت له منها فلا يقبل قول البائع فى ذلك {مسئلة} وكذا من اشترى ارضا فقبضها ثم قام عليه رجل فطلبها بالشفعة فزعم المشترى انه اشترى شيأ مقسوما وقال الشفيع انها لم تقسم فالقول قوله لانه مدعى عليه {مسئلة} اذا وهب رجل رجلا هبة مطلقة وادعى انها للثواب وقال الموهوب لغير الثواب حكم بالعرف مع اليمين فان اشكل فالقول قول الواهب مع يمينه {مسئلة} لو باع الوكيل السلعة وقال بذلك أمرتنى وقال ربها انما أمرتك برهنها فالقول قول رب السلعة فاتت أو لم تفت {مسئلة} لو اشترى المأمور السلعة بعشرين فقال الآمر ما أمرتك الا بعشرة فالقول قوله مع يمينه ويغرم الوكيل العشرة لرب السلعة هذا هو المشهور {مسئلة} وكذلك لو باع المأمور السلعة بعشرة وقال الآمر ما أمرتك الا باثنى عشر فالقول قول الآمر مع يمينه فان

رضى الله تعالى عنه ان الثمرة اذا تزيبت فى شجرها فلا جائحة فيها وكذلك ان اشتراها على هذه الحال بعد تناهى طيبها فلا جائحة فيها وبذلك الفتوى والقضاء وقال سحنون فى ذلك الجائحة وفى كتاب الاستغناء كل ثمرة تقطع خضراء وانما تيبس فى الارض فاختلف فيها فمنهم من قال الجائحة فيها ما لم تقطع قياسا على ما ييبس منها ومنهم من قال اذا بلغت مبلغ تناهى طيبها ولا يرجى منها حلاوة زائدة ولا استنضاج فذلك مثل يبسها لا جائحة فيما أصابته بعد ذلك الجائحة (والجائحة) الآفات السماوية وكل ما لا يستطاع دفعه فان كانت من العطش فهى موضوعة فى القليل والكثير باتفاق وان كانت من غير ذلك كالريح والثلج والبرد والدود والعفن والغبار المفسد وغير ذلك فان كانت فى البقول فهى موضوعة فى القليل والكثير وهى رواية ابن القاسم عن مالك وبها القضاء وقيل لا جائحة فيها مطلقا وقيل ان بلغت الثلث والا فلا وان كانت فى الثمرة فانها موضوعة اذا بلغت الثلث فاكثر باتفاق والمعتبر فى ذلك ثلث المكيلة لا ثلث القيمة عند ابن القاسم فيقوم الذاهب بالجائحة ويحط من الثمن قيمته كانت أقل من الثلث منه أو أكثر وقال أشهب المعتبر ثلث القيمة فى الجائحة الا ان يكون مما يحبس أوله على آخره كالعنب والرطب فانه يعتبر فيها المكيلة باتفاق وعلى المشهور اذا كان المجاح ما يأتى شيأ بعد شئ كالمقاثى وشبهها يقوم ما جنى منها وما بقى وما أجيح على قدر نفاقه فى اختلاف أزمنته فما وقع للمجاح منها من قيم جميعها وضع من الثمن مثلها كان عشر الثمن أو تسعة أعشاره على ذلك مالك وجمهور أصحابه الا أشهب كما تقدم وان نقصت الجائحة عن الثلث فلا يوضع عن المشترى قليل ولا كثير ويلزمه الباقى بعد الجائحة قليلا كان أو كثيرا فان كان المبيع أجناسا من الثمر فى عقد واحد كالتين والرمان وغير ذلك فاصابت

نكل فليس له الا العشرة ولا يحلف المأمور وقيل يحلف فان نكل غرم ﴿مسئلة﴾ اذا اختلف الزوجان فى عدد الصداق بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه قال ابن القاسم لانها مكنته من نفسها فصارت مدعية عليه وهو مقر لها بدين فالقول قوله مع يمينه وان نكل فالقول قولها مع يمينها هذا هو المشهور ﴿مسئلة﴾ اذا ادعت المرأة ان زوجها جنونا وانكره فالقول قوله وعليها البينة ﴿مسئلة﴾ اذا ادعى المشترى الاقالة فاقر له البائع بذلك وزعم انه أقاله على ان يرد عليه اقل من الثمن الذى دفع اليه فلا يقبل قوله الا ببينة وعلى المشترى اليمين انه ما أقاله الا بمثل الثمن ﴿مسئلة﴾ لو قال من بيده الدار أعرتنى هذه الدار وقال ربها بل بعتكها فالقول قول مدعى العارية مع يمينه ﴿مسئلة﴾ اذا ادعى رجلان فى عقد البيع هل كان أو لم يكن فالقول قول المدعى عليه البيع أو الشراء ولا يمين على المدعى عليه ان كانت السلعة بيد صاحبها ﴿مسئلة﴾ اذا أشهد البائع بقبض الثمن ثم قال انما فعلت ذلك ثقة بالمبتاع لم يقبل منه والمشترى مدعى عليه فان طلب يمين المبتاع على دفع الثمن لم يكن له ذلك ﴿فرع﴾ اذا أشهد المبتاع على نفسه بان لفلان فى ذمته كذا من ثمن كذا ثم قام بعد ذلك يطلب المبيع فهو مدع واشهاده بذلك مقتض للقبض عرفا والبائع مدعى عليه فالقول قوله على المشهور والشاذ ان القول قول المبتاع عملا بالاصل الا أن تكون عادة فيرجع اليها وعلى المشهور فلو طلب المشترى يمين البائع فحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه نفى اليمين الا أن يأتى بما يدل على صحة قوله أو يتهم البائع فيحلف ﴿مسئلة﴾ واذا ادعى البائع انه وجد الدراهم زيوفا فان تقيد عليه انها طيبة فالبائع مدع والمشترى مدعى عليه فليس للبائع تحليف المبتاع لاقراره بقبضها من المبتاع طيبة جيادا وان سقط هذا من العقد حلف له المشترى ثم ان قال المبتاع ما علمتها من دراهمى حلف لقد دفعت له جيادا فى علمى وما علمت هذه من دراهمى فان حقق انها ليست من دراهمه حلف على البت فان رد اليمين على البائع حلف على البت انها دراهمه وما خلطها بسواها ولزمه بدلها فان كانت الدراهم لم يدفعها مالكها وانما دفعها وكيله ردت على الوكيل فان عرفها الوكيل لزمت الموكل انكرها أم لا لانه أمينه وان لم يعرفها الوكيل وقبلها حلف الموكل انه ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه الا جيادا فى علمه ويبرأ والذى يردها ان يحلف الآمر ما يعرفها من دراهمه وما أعطاه الا جيادا فى علمه وتسقط دعوى الرد وهل يبدأ بيمين الموكل أو بيمين الوكيل فيه خلاف واختار بعض الشيوخ ان له ان يبدأ بمن شاء منهما ﴿فرع﴾ ودعوى النقص أيضا كذلك ان تقيد على البائع انه قبضها تامة لم يحلف له المشترى ولو دفع له ذلك على التصديق فينبغى ان يكون القول قول البائع ﴿فرع﴾ لو قام للميت شاهد بحق ووارثه أخرس لا يفهم ولا يفهم عنه فقال سحنون يحلف المطلوب ويبرأ فان نكل غرم ومسائل هذا الباب يخرج ذكرها عن المقصود وقد استقصيت منها جملة نافعة وافردتها تأليف فى ترجمته ببروق الانوار الموضحة لانواع طرق الدعوى

قول مالك برواية عنه ابن حبيب وقيل يعتبر جائحة المصاب بالجملة فان بلغت قيمته ثلث قيمة الجميع وضعت والا فلا وهو قول أصبغ برواية عنه محمد وسواء كان المصاب عنده الجنس كله أو بعضه وابن القاسم يشترط فى ذلك ان يكون الذى أصيب من الجنس ثلثه فاكثر فى المكيلة أو يكون قيمة المصاب من الجنس من قيمة الجميع الثلث فاكثر فان كان كذلك وضعت فيه الجائحة وان فقد أحدهما مثل ان يكون الذى أصيب من الجنس أقل من ثلث المكيلة أو يكون قيمة المصاب من الجنس أقل من قيمة ثلث الجملة فلا جائحة فى ذلك عنده ﴿وفى﴾ مسائل ابن الحاج اذا كتب فى عصير الكرم أو الجنات عند بيعه ان نصفه محرق أو ثلثه فان هذا الشرط ينتفع به البائع وتكون الجائحة فيما عدا المحرق فان قال فى العقد متى قام بجائحة فعليه كذا وكذا للمرضى بموضع كذا فانه ان قام بجائحة فيؤمر ان يعطى ذلك للمرضى ولا يحكم عليه ويأثم ونزلت فافتى بذلك ابن رشد والجيش من الجوائح روى ذلك ابن القاسم عن مالك وروى مطرف وابن الماجشون انه ليس بجائحة وفى السارق اختلاف قال الشيخ أبو الوليد انما يكون السارق جائحة فى الفتنة حين لا يستطاع حرزه وانما الجائحة عند ابن القاسم ما لا يستطاع دفعه لو علم به وفى كتاب الاستغناء وغلبة العدو عليها جائحة كمعركة الجيوش قال فيه وفى الفتنة تقع فى البلد فلا يجد المشترى ممن يبيع الثمرة لجلاء أهله عنه جائحة على ما فى الواضحة فى الفنادق وتكرى أيام الحج أو الدور فى السنة فيجلو أهلها منها فلا كراء عليه الا ان يكون آمنا تكون الثمرة مما تيبس وتدخر فلا جائحة فيها كالدور وتكرى فتقوم الفتنة ويجلو أهل البلد عنه ويجلو هو معهم للوحشة ﴿الباب

وهو آمن فعليه الكراء وان جلا للخوف فلا كراء عليه وان كانت الثمار مما لا تيبس كالتفاح والخوخ والقثاء وشبهها ففيها الجائحة ولا يشبه هذا الكساد فيها مع بقاء الناس قال الشعبيني ليس الكساد وقلة الربح وغلاء السعر بجائحة واذا ذهب المبتاع الى اثبات الجائحة فادعى البائع ان المبتاع جنى قبل الجائحة

كثيرا من الثمرة فعلى المبتاع ان يثبت ان ما أدركته الجائحة في الثمرة هو جميع ما ابتاع منها اما ان يكون الشهود عاينوها حين البيع واما بالتقدير قال ابن الحاج في مسائله وصفة الشهادة على الجائحة ان يتكرر نظر الشهود في الجائحة المرة بعد المرة في أوقات مختلفة ويجوز التخمين بدليل العيان لما بقي للمبتاع من الثمرة المشهود بها ويقولون في شهادتهم ان الذي أذهبت الجائحة ثلث تين الجنة المبيعة مع ما أكل منها المبتاع قبل الجائحة فاذا شهدوا كذا وجب الحكم بالجائحة ولا اعذار في شهادتهم ان كان وجههم القاضي وان قصر الشهود عن تخمين ما أكل المبتاع وانما شهدوا ان الجائحة في ثلث ما بقي فهي شهادة ناقصة والواجب ان يحلف البائع ان الجائحة في أقل من ثلث الجميع مع ما اكل المبتاع وتسقط الجائحة فان نكل حلف المبتاع انها في الثلث وحكم بها ولو اجتحت الجنة كلها فاختلف المبتاع مع البائع فالبائع يدعي ان المبتاع جنى منها والمبتاع ينفي ذلك ويدعي قليلا

﴿الباب السادس والعشرون في القضاء بشهادة اللوث وايمان القسامة﴾

اللوث بثاء مثلثة والمراد به الوجوه التي يقع بها التلويث والتلطيخ في الدماء وهي كثيرة ومع كثرتها لا يتوصل بها الى التمكن من الدماء لعظم خطرها ورفيع قدرها فوجب الاعراض عنها الا أن فيها ماله قوة لاحل ما احتف به من القرائن الحاملة على صدق مدعيه ولذلك اختلف العلماء في تعيين ما يقبل من ذلك فعند مالك رضي الله تعالى عنه ان اللوث هو الشاهد العدل على معاينة القتل ووجه ذلك انه يقوي جهة المدعين ولا تأثير في نقل اليمين الى جهة المدعين وأخذ ابن القاسم بما قاله مالك ووافقه ابن وهب وابن عبد الحكم وذكر ابن المواز عن ابن القاسم ان شهادة امرأتين لوث يوجب القسامة ولا يوجب ذلك شهادة امرأة واحدة وروى ابن المواز واشهب عن مالك انه يقسم مع الشاهد غير العدل ومع المرأة قال ابن المواز عن أشهب ولم يختلف قول مالك واصحابه ان العبد والصبي والذمي ليس بلوث ووجه رواية اشهب وهو اختياره انه لوث فلم تعتبر فيه العدالة كالذي يقول دمي عند فلان فلا يشترط فيه العدالة بل يقبل قوله في العمد والخطا ولو كان فاسقا وفي تنبيه الحكام لابن المناصف وروى أشهب عن مالك ان القسامة تجب بشهادة امرأة واحدة عدل وقيل يقسم مع جماعة النساء والصبيان والقوم ليسوا بعدول فاذا وقعت القسامة بشيء من هذا على القول فيه بالجواز استحق أولياء المقتول الدم قال ووجه ذلك ان القود انما وجب بمجرد القسامة عند مالك ولا حكم للشاهد الواحد في ثبوت القود وان كان عدلا لانه من حقوق الابدان التي لا تستحق بالشاهد واليمين وانما الواحد لوث ولطخ يقوي الدعوى في اباحة القسامة لا على جهة الشاهد واليمين الذي في حقوق الاموال ولذلك لا يقبل في قسامة العمد الا رجلان فصاعدا ولا مدخل فيها للنساء ولا حكم للواحد لانهما أقيما في ثبوت الحق باثباتهما مقام الشاهدين بخلاف القسامة في الخطأ لانه مال فاذا ثبت ان شهادة الواحد في ذلك لوث لا نصف شهادة تكمل باليمين فكذلك قد يكون اللوث بغير العدل وبالضعيف من النساء والصبيان لانه لطخ لا شهادة والقسامة في هذا الباب أصل مخصص لنفسه لا يعترض عليه بغيره على ما وردت به السنة بخلاف سائر الحقوق والاصح ان لا تجب القسامة بشيء من ذلك ولا يراق دم مسلم بغير العدول وذكر القاضي أبو محمد في المعونة ان من اصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثا وبه قال ربيعة ويحيى بن سعيد ﴿مسئلة﴾ واذا قال الميت دمي عند فلان فعند مالك انها شبهة يقسم الاولياء معها قال ابن حبيب ولا يقسم مع قول الصبي دمي عند فلان الا أن يكون قد راهق فيقسم مع قوله وقال ابن حبيب سألت ابن الماجشون عن العبد أو الصبي يقول أحدهما عند موته دمي عند فلان قتلني ويسمي رجلا حرا قال أرى ان يسجن بقوله حتى يستبرأ أمره ويكشف عنه فان لم يثبت قبله شيء حلف على دعوى العبد يمينا واحدة وعلى دعوى الصبي خمسين يمينا قال ابن حبيب وسألت اصبغ عن ذلك فقال روى اشهب وان كانه ذلك رواية

فالقول في ذلك قول المبتاع واذا اختلفت الشهادة فيها فشهد قوم بالثلث وشهد آخرون انها أقل فيحتمل ان ينظر الى أعدل البينتين أو يحكم بشهادة من شهد بالثلث (ويكتب في ذلك) عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر الحمد لله صيروا الكرم الذي باعه فلان من فلان بكذا أو ثمن الجنة أو المقثأة بكذا ونظروا الى ذلك نظرا

عن مالك ولست آخذ بها وقول العبد هدر ولا ضرب فيه ولا سجن ولا يمين للسيد ولا قيمة الا أني استحسن ان يحلف المدعى عليه خمسين يمينا لحرمة الدم فان حلف برئ وان نكل سجن حتى يستبرئ أمره ولا يضرب لنكوله عن اليمين لانها لم تجب عليه وجوبا تاما وهذا فيمن لم يعرف بالسوء وأما المتهم فحكمه مذكور في الاحكام الثانية من هذا الكتاب من النوادر {تنبيه} وهذا الذي تقدم حكم القتل على غير وجه الغيلة فاما قتل الغيلة فقال ابن المواز ان شهد عدل انه قتله غيلة لم يقسم مع شهادته ولا يقبل في هذا الا شاهدان قال أبو محمد رأيت ليحيى بن عمر انه يقسم معه من المنتقى للباجي {مسئلة} واذا لم يكن بالمدمي أثر جرح أوضرب أولم يعرف الضرب المدمى عليه قبل ذلك ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انه لا يقبل قوله الا بالبينة على ذلك أو باثر بين وقال اصبغ يقسم مع قوله كان به أثر أولم يكن قال المتيطى وبما تقدم من قول ابن القاسم العمل وبه الحكم {تنبيه} قال غير واحد من الموثقين ولا يجب على المدمي عليه بهذه التدمية سجن ولا شئ اذا لم يكن بالمدمى أثر جرح ولا ضرب الا أن يموت المدمى قبل ان يظهر برءه فيسجن حينئذ المدمى عليه قال أبو عبد الله الباجي في وثائقه وقد روى ان العدل يسجن ثلاثة أيام وليس به عمل ولا قضاء {فرع} وتجب القسامة في قول مالك بقول المقتول وان لم ير الشهود جراحا ولا أثر ضرب وانما سمعوا منه قوله وقوله مقبول وقد تقدم ان رواية ابن القاسم بها الحكم وعليها العمل {فرع} تقدم قول ابن حبيب ان الصبي اذا كان مراهقا وجبت القسامة مع قوله دمي عند فلان وقال ابن القاسم لا يقسم مع قوله وهو قول اشهب {مسئلة} وقال ابن عبد البر في تاريخه وقد كان يحيى بن يحيى يرى السجن على من أدمى عليه ويفتي به حتى نزل ذلك به فرجع عن فتواه بذلك * وفي أحكام ابن سهل رحمه الله تعالى قال ذكر بعض من ألف أخبار فقهاء الاندلس أن الشيخ أبا بكر بن محمد بن أحمد اللؤلؤى شيخ القاضي أبي بكر بن زرب وشيخ الفقيه أبي عبد الله بن ابي زمنين وغيرهما كان له حقل يجاوره حقل جاره وكان حريصا ان يضيف حقل جاره الى حقله فاحتال عليه في ذلك بكل حيلة واستعمل كل وسيلة فأبى صاحبه عليه ولم يجبه اليه الى ان اعتل ومرض فجاءه اللؤلؤى زائرا مستعطفا محتفيا به فاظهر له الرجل السرور بعيادته والشكر على مشاركته وأظهر من ذلك ما أطمع اللؤلؤى في قضاء حاجته في ذلك الحقل فكلمه فيه ورغب اليه في تصييره له بما رسم من ثمن أو معاوضة فاظهر له الاسعاف لما رأى منه من الالحاف وقال له اشهد على بذلك من شئت من الفقهاء الى ان استقل فتبلغ ما تحبه فسر اللؤلؤى بذلك وجاء بعدة من الفقهاء أصحابه وأدخلهم عليه واذا به قد أظهر انهدام القوة وضعف النطق فدنا الفقيه وقال له يا فلان اشهد الفقهاء حفظهم الله على بيعك مني الحقل فقال لهم اشهدكم أن الفقيه اللؤلؤى هذا قتلني متعمد القتل وانه المأخوذ بدمي فان حدث بي حدث موت استقيدوا منه لي ففي عنقه دمي وأنتم رهناء بالصدق عني فدهش الفقيه ومن معه وأقبل على الرجل ليستثبت ذهنه ويذكره ماجرى

...منها او النصف وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا {بيان} قال بعض المتأخرين وهذا التقدير يكون بوجهين احدهما ان يقدروا ما تحمله الثمرة على التوسط من حملها في السنين فيقول هو كذا والثاني ان يقدروا هذا الذي عاينوه مجاحا ساقطا في أصول الثمرة أو فاسدا في رؤسها هو ثلث الذي قدروه من حملها على التوسط وأما ان قدروا أصل المجاح فيما بقي صحيحا بحسب ما أعطاهم ما عاينوه فيهما من السالم والمجاح فلا يصح ولا يعمل به الا ان يتوافق البائع ان المبتاع لم يجذ من الثمر شيأ (ويكتب ان كان الشهود عاينوا الثمرة عند البيع ما نصه) ونظروا الى ما سقط بالجائحة وما بقي في رؤس الشجر سالما فرأوا ان ذلك ثلاثة أرباع الثمرة التي شهدوا على عينها حين التبايع فيها وان الذي حتي منها الربع والذي بقي في رؤس الشجر الربع والذي ذهب بالجائحة النصف وقدروا ذلك تقديرا لا يشكون فيه وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا (ويكتب في جائحة الفحل والاسفنارية وشبهها) عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالجوائح الى الاسفنارية أو اللفت المزدرعة بموضع كذا ونظروا اليها فرأوا انه قد تعفن كثير منها بتوالي الامطار عليه أو فسد بسبب دود نزل فيه وقدروا ما فسد منه بالثلث أو النصف لا يشكون في ذلك وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا {بيان} ولا قيام في هذا بالجائحة حتى تبلغ الثلث وهي بمنزلة الثمرة بعينه في رواية سحنون عن ابن القاسم في العتبية وفي رواية ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة انها بمنزلة البقول توضع الجائحة في قليلها وكثيرها وفي كتاب الاستغناء قال المشاور ومن حمل في الجزر واللفت والفجل والاصول المغيبة الجائحة

بينه وبينه ويخوفه الله تعالى ويعظه وسألت اصحابه سبيله فلم يرجع عن ذلك فخرجوا عنه وسألهم اللؤلؤى ان يتوقفوا عليه ساعة بالباب ليخلو به ففعلوا وتقردو عنده وقال له تعصى الله فى أمرى وتدعى على بغير حق فقال له وهل قلت الا ما فعلت دخلت على وأنا أحسبك عائدا مشفقا فسررت بذلك واذا بك باغى فرصة فلما مسستنى فى سويداء قلبى فى أمر هذا الحقل الميشوم بما تعلم كراهيته الى فهل أردت الا قتلى اذ طلبت أخذ كريمة مالى فاعتذر اليه اللؤلؤى وقال أنا تائب معترف بخطئى فاتق الله وراجع عقلك وارجع عما عقدته على فما تدرى ما يؤول حالك اليه فعند ذلك اجابه الى ذلك وقال أما وقد صرت الى هذه الانابة فاحلف بالايمان اللازمة انك لا تلتمس هذا الحقل فى حياتى ولا بعد مماتى ولا تسعى الملكه ولا تصيره اليك ببيع ولا غيره وان تحرمه على نفسك ولو صار اليك بالميراث أو غيره وانك لا تهم مع ذلك بمساءة ولا تحقد على ذلك ولا على ذريتى فحلف له على ذلك وتوثق منه فيه فعند ذلك أذن له بادخال الشهود الفقهاء عليه فلما دخلوا عليه أشهدهم انه قد عفا عنه لله تعالى واهدر عنه تبعة دمه لله تعالى فقال له اللؤلؤى انما أريد ان تكذب نفسك وتعود الى الحق فقال له هذا هو الحق فان اقنعك هذا والا فانا على ما عقدته عليك فرضى منه اللؤلؤى بذلك وتوثق منه بالاثمار عليه واتخذ حديثه موعظة اعتقد بها ان لا يفتى بتدمية بعدها ﴿فرع﴾ وفى المتيطية والتدمية على عين المدعى عليه اتم فان لم يحضر وكان المدعى عليه معروف العين مشهورا أو عرفه شهود التدمية فذلك أيضا تام ﴿فرع﴾ واذا ثبتت التدمية ولم يبرأ مما به فى علم الشهود واثبت القائم بالتدمية وكالة المدمى وشهد الشهود على عين المدمى عليه لمعرفتهم به أو بتعريف المدمى لهم به فى التدمية عليه على عينه وجب سجن المدمى عليه على القول المشهور المعمول به حتى يبرأ المدمى فيطلق أو يموت المدمى على تلك الحال قبل ان يصح بصحة بينة فيقسم الورثة ويستقيد وابعد ثبوت التدمية وموته وعدة ورثته ﴿فرع﴾ واذا اضطرب قول الجريح فرمى رجلا ثم برأه ورمى آخر فقال ابن القاسم وأصبغ واشهب لا يقبل منه فى الاول ولا فى الآخر وبهذا جرى الحكم وعليه الفتيا وقال ابن الماجشون يقبل قوله ويؤخذ بآخر قوليه وان رجع الى طلب الاول فالقول قوله ﴿فرع﴾ قال اصبغ فان قال بى فلان ليس بى غيره فلا سبيل الى من رماه بعده وان لم يقل ليس بى غيره فالاول والآخر سواء يقسم ولاة الدم على أحدهما ان شاؤا فيقتل ويجلد الآخر مائة ويحبس سنة قال ابن حبيب والقول الاول احب الى ﴿فرع﴾ فان ادعى على رجل وشهدت البينة انه كان ذلك اليوم ببلد بعيد لا يصل منه فى تلك المدة الى موضع المدمى سقطت التدمية وتبين كذب المدعى وكانت الشهادة أعمل قاله ابن القاسم وعبد الملك وغيرهما ﴿مسئلة﴾ ومن اللوث الذى يوجب القصاص لو شهد شاهدان انهما رأيا رجلا خرج مستسرا من دار فى حال ريبة فاستنكرا ذلك فدخل العدول من ساعتهم الدار فوجدوا قتيلا يسيل دمه ولا أحد فى الدار غيره وغير الخارج فهذه شهادة

فى الثلث فصاعدا جعل فيها الشفعة ومن جعل الجائحة فيها فى القليل والكثير كالبقول لم يجعل فيها شفعة والاحسن فيها قول المدونة ان لا شفعة فيها وأنها ليست كالباذنجان والمقثاة لان هذه لها ثمرة تخرج عن أصولها تجنى وتبقى قال ابن فتحون والمقاثى والمباطخ والباذنجان والفجل والجزر والورد والياسمين والعصفر والفول الاخضر حكم ذلك كله حكم الثمار يراعى فيها الثلث وروى محمد عن أشهب ان المقاثى كالبقول وما قدمته أشهر وبه القضاء وفى ورق التوت وقصب السكر قولان أحدهما انهما كالثمار والثانى انهما كالبقول

﴿السلم والقرض وما يجوز من بيع الديون واقتضائها والمقاصة والحوالة بها﴾

والسلم جائز فيما عدا الاصول وشروطه سبعة الاول ان يكون فى الذمة لئلا يكون فى معينة الثانى ان يكون معلوم المقدار الثالث ان يكون مضبوط الصفة الرابع ان يكون مؤجلا الخامس ان يكون مما يوجد عند الاجل غالبا السادس ان يكون رأس المال مما يجوز تسليمه فيه السابع ان يتعجل قبضه (ويكتب فيه عقد) وجب لفلان قبل فلان فى ماله وذمته كذا وكذا اقدحا من القمح الذى الذى جنسه كذا الطيب النقى يدفعها له بداره بداخل مدينة كذا ويكيلها فى معظم الدراس الصيفى القريب مجيئه للتاريخ أو لاجل كذا من سلم صحيح جائز مقبوض بيد رأس ماله وهو كذا وعلى السنة فيه وشهد عليهما بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ انما لم يجز السلم فى الاصول لتشاح الناس فى مواضعها واختلاف الاغراض فيها * وقولنا فى الشرط الاول ان يكون فى الذمة لئلا يكون بيعا معينا الاجل * وقولنا فى الثانى معلوم المقدار أى بما جرت العادة به من كيل أو وزن أو عدد أو ذرع أو غير ذلك فان اشترط المسلم مكيالا اعنده أو مكيالا قد ترك أو قصعة أو قدحا فلا يجوز قاله ابن القاسم عن مالك فى المبيع

جائزة يقطع الحكم بها وان لم تكن على المعاينة قال ابن القاسم لو رأى العدول المتهم يجرد المقتول ويعريه وان لم يروه حين اصابه فان هذا لوث تجب معه القسامة ﴿مسئلة﴾ وفى الجلاب واذا وجد رجل مقتول ووجد رجل بقربه معه سيف أو فى يده شئ من آلة القتل وعليه آثار القتل فذلك لوث يوجب القسامة لولاته

﴿فصل فى القسامة﴾ قال ابن راشد والقسامة موجبة مع اللوث للقتل فى العمد والدية فى الخطأ ولا قسامة فى الاطراف ولا فى الجراح ولا فى العبيد ولا فى الكفار * وصفة القسامة ان يحلف الاولياء خمسين يمينا ان فلانا قتل ولينا فلانا أو انه ضربه ومن ضربه مات ان كان قد عاش بعد ذلك ويقتصر على قوله بالله الذى لا اله الا هو وقال المغيرة يزيد الرحمن الرحيم ويحلفون فى المدينة النبوية عند المنبر وفى غيرها بالجامع قيام ادبر الصلاة بمحضر الناس ويؤتى الى المساجد الثلاثة من مسيرة عشرة أيام والى سائر الامصار من مسيرة عشرة أميال ﴿مسئلة﴾ ويحلف فى العمد من له القصاص من الرجال المكلفين ويحلف فى الخطأ المكلفون من الورثة رجالا ونساء على قدر ميراثهم ﴿فرع﴾ ولا قسامة فيمن ليس له وارث اذ تحلف بيت المال غير ممكن ﴿مسألة﴾ ولا قسامة الا بنسب أو ولاء ولا يقسم من القبيلة الا من التقى معه فى نسب ثابت ﴿فرع﴾ ولا يقسم المولى الأسفل ولكن ترد الايمان على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا فان نكل سجن ابدا حتى يحلف أو يموت ﴿مسئلة﴾ اذا كان القتل خطأ وكان الوارث واحدا حلف خمسين يمينا متوالية واستحق الدية ان كان ذكرا أو نصفها ان كانت انثى أو ثلثيها ان كانتا اثنتين وان كانوا جماعة وزعت عليهم على قدر مواريثهم فان ترك ذكرا وأنثى حلف الذكر ثلثى الخمسين والانثى ثلثها فان ترك ابنة وعصبة حلفت البنت نصفها والعصبة نصفها فان غاب الولد أو العصبة لم تأخذ الابنة حظها الا بعد ان تحلف خمسين يمينا فاذا قدم الغائب حلف ما يخصه ان لو كان حاضرا وأخذ نصيبه ﴿مسئلة﴾ واذا وزعت الايمان فبقى كسر جبر على أكثرهم حظا منه وقيل على اكثرهم حظه من الايمان * مثال ذلك ان يترك زوجات وبنات واخوات فعلى الزوجات ستة ايمان وربع يمين وعلى البنات ثلاث وثلاثون وثلث وعلى الاخوات عشرة ايمان وثلاثة اثمان وثلث ثمن فهل تجبر اليمين المنكسرة على الاخوات لانهن حظهن من الكسر اكثر أو على البنات لان حظهن من الايمان أكثر اختلف فى ذلك فيبقى على الزوجات ستة فان كن أربعا حلفن يمينين على مذهب ابن القاسم وعلى مذهب اشهب يمينا يمينا ثم يحلف اثنتان منهن يمينا يمينا ويبقى على البنات ثلاث وثلاثون ان قلنا ان الاخوات يجبرن الكسر فان كانت البنات عشرا حلفن ثلاثا ثلاثا ثم يحلف ثلاث منهن يمينا يمينا على مذهب اشهب وعلى مذهب ابن القاسم يحلفن أربعا أربعا ويكون على الاخوات احدى عشرة ان جبرت اليمين المنكسرة عليهن فان كن عشرا فعلى مذهب ابن القاسم يحلفن يمينين يمينين وعلى مذهب اشهب يمينا يمينا وتحلف واحدة يمينا فان وقع تشاح فيمن يحلف اليمين الزائدة فقال

[illegible] المشترى الى مكيال مجهول وان لم يكن للناس ذراع منصوبة فقيل ان الذراع الوسط كالذراع المنصوبة فلا يجوز السلم على ذراع رجل بعينه وانما يجوز السلم على الذراع الوسط أو على ذراع ولا يسميها فيحكم بينهما بذراع وسط وهو قول ابن حبيب وقيل لا يكون الذراع الوسط كالذراع المنصوبة ويجوز السلم على ذراع رجل بعينه وعلى ذراع وسط كما يجوز شراء الطعام على مكيال مجهول فى القرى ومن الاعراب حيث لم يكن لهم مكيال يتبايعون عليه وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة فان لم يسميا شيئا فهما على ذراع وسط * وقولنا مضبوط الصفة أى الصفة التى تختلف بها القيمة اختلافا يتغابن فى مثله والرجوع فى ذلك الى العوائد فتذكر فى الحيوان اللون والنوع والذكورة والانوثة وفى الطعام الجنس وفى الثياب الرقة والغلظ ونحو ذلك قال ابن فتحون فاذا لم يذكر الجنس فى الطعام فان كان فى بلد فيه الطعام أجناس فالسلم فاسد ويفسخ ان نزل وان كان فى بلد فيه جنس واحد ففى لزوم ذكره عن مالك رضى الله تعالى عنه روايتان فان لم يذكر فقال ابن عبد الحكم يفسخ وقال أصبغ لا يفسخ * وقولنا مؤجلا الى مدة تختلف فيها الاسواق والا فسخ وأقل ذلك خمسة عشر يوما وروى ابن وهب جوازه الى اليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم يجوز الى اليوم الواحد فان شرط القبض فى بلد آخر جاز باتفاق وان كان قريبا لان الاسوق تختلف وقال ابن فتحون ان كان بينهما اليوم ونحوه فلا بد من ضرب الاجل فان قال فى الاجل الى الشهر كمل بالمنكسر ثلاثين يوما وان قال الى شهر كذا فبدخول أول يوم منه يحل وان قال فى شهر كذا فبانقضائه يحل وقيل اذا مضى معظم ابن

الشهر وجب عليه القضاء وقال ابن العطار يدفع ما بين أول الشهر وآخره وقيل ان كان أجلا يغتفر معه الشهر دفع في آخره
الانقص وقولنا مقدور على تسليمه عند الاجل أي موجود لئلا يكون تارة سلفا وتارة بيعا فان تعذر وجوده عند الاجل بآفة

عرضت له وخرج عن أيدي الناس فصاحب الدين مخير في الفسخ والابقاء الى عام قابل فان قبض

ابن كنانة لا يجبر الامام عليها احدا ويقال لمن لا تعطي واحدة منكن شيأ الا أن تحلفوا بقية الايمان ويشبه ان يقول أشهب مثل ذلك ويشبه ان يقرع بينهن ﴿فرع﴾ ولو كان عددهم أكثر من خمسين اجتزئ منهم بخمسين على مذهب ابن القاسم وأشهب وعن ابن الماجشون انهم يحلفون كلهم يمينا يمينا ﴿مسئلة﴾ ولا قسامة لاهل الذمة وان تحاكموا الينا ولا يقسم مع قول النصراني دمي عند فلان قال ابن القاسم لا يقبل قول ذمي على ذمي ولا على غيره ولا عبد على عبد ولا على غيره ولا صبي على صبي ولا على كبير كما ليس لواحد منهم قسامة وعند ابن حبيب يقسم مع قول الصبي المراهق ورواه عن مالك ﴿فرع﴾ وان قال العبد دمي عند فلان الحر فلا يحلف سيده ليستحق دمه واستحسن ان يحلف المدعى عليه ان كان حرا قال أشهب يحلف خمسين يمينا ويبرأ ويضرب مائة ويسجن سنة فان نكل حلف سيد العبد يمينا واحدا واستحق قيمة عبده مع ضرب مائة وسجن سنة وقال ابن القاسم يحلف المدعى عليه يمينا واحدة ولا قيمة عليه ولا يضرب ولا يسجن فان نكل غرم القيمة وضرب مائة وسجن سنة ﴿مسئلة﴾ وان كان القتل عمدا حلف أولياء الدم ان كانوا اثنين فصاعدا خمسين يمينا متوالية على البت في المسجد الجامع أو عند المنبر كما تقدم ولا مدخل للنساء في العمد وتوزع الايمان عليهم على عدد رؤسهم ويستحقون الدم فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا ﴿فرع﴾ ويبدأ أولياء الدم باليمين ولهم ان يستعينوا من عصبة الميت بمن يحلف معهم وان لم تكن لهم ولاية في الدم مثل ان يترك الميت بنين واخوة وعمومة فالولاية للبنين فان شاؤا حلفوا وان شاؤا أدخلوا معهم اخوة الميت وعمومته فحلفوا عنهم أو حلفوا معهم ﴿فرع﴾ وان كان ولي الدم واحدا لم يحلف وحده في العمد ولكن يستعين من عصبة الميت بمن يحلف معه ﴿فرع﴾ وفي الرابع من أحكام الدماء من النوادر ان ايمان القسامة ترد في العمد على المدعى عليه وكذلك في الخطأ وقال ابن الماجشون لا ترد القسامة في الخطأ على أحد لانها لا ترد على معروفين ولا على من حق عليهم حق لان الدية انما تجب يوم تعرض قال ابن المواز وقول ابن القاسم بالرد أحب الي فكما طلبوا ليغرموا كذلك يطلبون ليحلفوا وروى ابن وهب انها ترد على المدعى عليه فان نكل لم يلزم عاقلته شئ بنكوله قال ابن القاسم ومن حلف من العاقلة برئ ومن نكل غرم قدر ما يصيبه ومسائل القسامة محلها كتب الفقه

﴿الباب السابع والعشرون في القضاء بايمان اللعان﴾

حقيقة اللعان يمين الزوج على زوجته بزنا أو نفي حملها أو ولدها ويمين الزوجة على تكذيبه وسميت ايمانها لعانا لان فيها ذكر اللعن ولكونها سببا في بعد كل واحد من صاحبه (وصفتها) ان يقول أربع مرات أشهد بالله وقال محمد يزيد الذي لا اله الا هو فان كان ادعى الرؤية فليقل أشهد بالله الذي لا اله الا هو اني لمن الصادقين لرأيتها

البعض ففي ذلك ستة أقوال أحدها انه يجب التأخير الا ان يتراضيا على المحاسبة وهو قول ابن القاسم والثاني عكسه وهو قول أصبغ والثالث انه يجب التأخير والرابع انه تجب المحاسبة والخامس أن الخيار للمشتري والسادس انه ان قبض الاكثر جاز التأخير والا وجبت المحاسبة ولا يجوز في نسل حيوان بعينه ولا ثمر حائط بعينه الا ان يزهي فيكون بيعا ويجوز في ثمر قرية معينة ان كانت من القرى الكبار المأمونة التي لا ينقطع ثمرها وأما القرية الصغيرة التي لا يؤمن وجود ثمرها عند ارادته ففيه اختلاف قال الشيخ أبو عمران ينبغي على أصل المدونة ان لا يجوز ان يسلم فيها الا ان يكون للمسلم اليه هنالك ثمر والا كان بمنزلة من باع ثمر غيره واشترط تخليصها وذلك لا يجوز وبذلك قال فضل بن سلمة * وقولنا وان يكون رأس المال مما يجوز تسليمه فيه لا ان يكونا طعامين ولا نقدين ولا شيأ في أكثر منه لانه سلف جر نفعا ولا في أقل منه لانه ضمان بجعل وكذلك الاجود والاردأ على الاصح الا ان

تختلف منافعه كالاحود في حواشي الخيل فيصير أصنافا مختلفة والمذهب ان الخيل في
سلم بعضها في بعض ثلاثة أصناف صغارها صنف وكبارها صنف الذكور والاناث والجواد المعروف بالسبق صنف ذكورها
واناثها والحمير عند ابن القاسم ثلاثة أصناف صغارها صنف وكبارها صنفان حمر مصر التي للركوب صنف وحمر الاعراب التي

تزنى زنا كالمرود فى المكحلة يقول ذلك أربع مرات ثم يقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تقول المرأة أربع مرات أشهد بالله الذى لا اله الا هو انه لمن الكاذبين وما رآنى أزنى ثم تقول فى الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ﴿فرع﴾ فان لاعن لنفى الحمل واعتمد على الرؤية وحدها على أحد الاقوال زاد فى الاربع وما هذا الحمل منى وتزيد المرأة وان الحمل منه ﴿فرع﴾ ويقول فى اللعان اذا اعتمد على الاستبراء وحده على أحد القولين انى لمن الصادقين لقد استبرأتها من كذا فان اعتمد عليهما معا ذكرهما معا فى الاربع الايمان ﴿فرع﴾ واذا لاعن من دعوى الغصب قال أشهد بالله الذى لا اله الا هو ما هذا الحمل منى وانى لمن الصادقين وقال فى الخامسة وان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتقول المغتصبة اذا التعنت لنفى الولد أشهد بالله الذى لا اله الا هو ما زنيت ولا أطعت وتقول فى الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ﴿فرع﴾ ويتعين لفظ الشهادة ولفظ اللعن والغضب بعدها ﴿فرع﴾ وفى معين الحكام والحرة المسلمة التى لم تبلغ المحيض وقد جومعت تلاعن زوجها الا ان من قذفها يحد ﴿فرع﴾ فلو بدأت المرأة باللعان فقال ابن القاسم لا تعاد وقال أشهب تعاد ﴿فرع﴾ ويجب ان يكون فى أشرف أمكنة البلد عند المنبر فى المدينة وعند الركن فى مكة وعند المحراب فى غيرهما فى الجامع الاعظم ويكون ذلك بحضور جماعة أقلها أربعة وهل يكون فى اثر صلاة قولان والمختار ان يكون بعد صلاة العصر ﴿فرع﴾ ولا يحكم باللعان الا بعد ثبوت الحمل بشهادة امرأتين وثبوت الزوجية ان كانا من أهل المصر فان لم يثبت ذلك عند الحاكم حد وان لم يكونا من أهل المصر مكنه من اللعان ﴿فرع﴾ وتحلف الذمية فى كنيستها لا فى المسجد ﴿فرع﴾ ويحلف المريض بموضعه بحضرة عدول يبعثهم الحاكم ﴿فرع﴾ وتؤخر الحائض بعد لعان زوجها حتى تطهر ﴿تنبيه﴾ ولا يكون اللعان الا بمجلس الحاكم أو فى مجلس رجل من أعيان الفقهاء بامر الحاكم ﴿مسئلة﴾ وتقع الفرقة بينهما بتمام التحالف دون حكم حاكم قاله مالك وابن القاسم وقال ابن حبيب لا تقع حتى يفرق الامام بينهما وقال ابن نافع يستحب له ان يطلقها ثلاثا عند فراغه من اللعان فان لم يفعل أجريا على سنة المتلاعنين انهما لا يتناكحان أبدا وقال ابن لبابة ان لم يفعل طلقها الامام عليه ثلاثا ولم يمنعه من مراجعتها بعد زوج وفى كتاب ابن شعبان وفرقة المتلاعنين ثلاثا ويتزوجها بعد زوج آخر وفى الجلاب فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق والمشهور ما قدمنا عن مالك وابن القاسم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿الباب الثامن والعشرون فى القضاء بالاتهام وايمان التهمة﴾

﴿مسئلة﴾ وفى الطرر لا يجوز للمرتهن ان يكرى الرهن من قريب الراهن ولا من أحد من

بجنسه فى بعض الا اذا اختلف الجنسان وما كان لا يقتنى كالبيض فسبيله سبيل اللحم عند ابن القاسم وأشهب يراعى الحياة فيه فهو عنده بمنزلة ما يقتنى * والرقيق كله عند ابن القاسم صنف واحد فى سلم بعضه فى بعض

ذكورهم واناثهم صغارهم وكبارهم وان اختلفت أجناسهم وألوانهم وصباحتهم وخالف ابن حبيب فى الصباحة والجنس وان اختلفوا فى الصنائع جاز سلم بعضهم فى بعض ورأى ابن حبيب القراءة والكتابة اختلافا ولم يره ابن القاسم * وقولنا ان يتعجل رأس المال لئلا يكون دينا فى دين قال ابن فحنون الا جود ان يكون ذلك فى مجلس تعاقدهما قبل افتراقهما فان تأخر ذلك يوما أو يومين جاز فان زاد بشرط فسد السلم وقال بعضهم يجوز ثلاثة أيام وان تأخر على غير شرط حتى حل الاجل فقال فى المدونة انه لا يجوز ذلك ورآه من الدين بالدين وروى محمد عنه انه رجع الى اجازته ما لم يكن التأخير بشرط وبه قال أشهب فان كان رأس المال عرضا فيجوز تأخيره لتعينه فلا يكون دينا فى دين ويلزم أداؤه حيث شرط من المواضع فان لم يشترط فيلزم أداؤه فى البلد الذى وقع فيه العقد وحيثما قضاه منه أجزأه عند ابن القاسم الا ان يكون للسلم فيه سوق فيدفعه فيها وقال سحنون يلزمه دفعه فى دار صاحب الدين كان له سوق أو لم يكن فان طلبه فى غير بلد العقد ولم يكن فى حمله مؤنة فقولان سببه وان كان فى حمله مؤنة لم يكن له باتفاق ولا يجوز له أخذه ودفع الكراء لانهما كالاجلين واذا أراد الغريم دفعه قبل الاجل وأبى ذلك صاحب الدين فله ذلك وابقاؤه فى ذمته الا ان يكون ذلك بقرب تمام الاجل كاليوم واليومين فيلزمه ذلك ويجوز

سببه ولا لصديقه الملاطف ولا لأحد يتهم ان يكون اكترى ذلك لرب الدار فان اكراه من
أحد من هؤلاء ثم اكراه من صاحب الدار خرج الرهن من ان يكون رهنا للتهمة الداخلة
فيه من اجارته ممن يتهم عليه ونحوه فى كتاب الرهن من المختلطة ﴿مسئلة﴾ وفى أحكام ابن
سهل فيمن اشهد وهو صحيح انه اشترى لابنه هذه الدار بالف دينار من مال ابنه فى زعمه واشهد
انه انما يكريها ويغتلها له وباسمه ثم يموت على ذلك وهو صغير فى حجره ولا يعلم لابنه مال
من وجه من الوجوه فهو توليج وهى ميراث بين الورثة ﴿فرع﴾ قال وكذلك لو أقر عند موته
ان هذا الابنه مما ورثه عن أمه ولا بينة فيه قال ابن القاسم فان كان يعرف لها مال أو عرض
وكان أمرا بينا قبل قوله والا لم يجزه ﴿مسئلة﴾ ومن أشهد فى صحته انى بعت منزلى هذا من
امرأتى أو ابنى بمال عظيم ولم ير احد من الشهود الثمن ولم تزل الدار بيد البائع الى أن مات
قال لا يجوز هذا وليس هذا بيعا وانما هو توليج وخديعة ووصية لوارث قال ابن راشد وقد
قالوا فى الاب يبيع من بعض ولده ملكا ثم يقوم اخوته بعد موت أبيهم يدعون انه توليج
من أبيهم ان كتب فى الوثيقة قبض الثمن بالمعاينة فلا يمين على الابن والا ففى اليمين
ثلاثة أقوال ثالثها ان أثبتوا ميل أبيهم اليه دونهم حلف والا فلا * وصفة الشهادة بالتوليج
ان يقول الشهود حضرنا وقت العقد بينه وبين الاب وانما أظهر البيع وأضمر الواهبة ولا
يثبت التوليج الا باقرار المولج اليه وأما ان شهدوا على اقرار الاب فلا يلزم الولد الا اليمين
﴿فرع﴾ وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن باع ولده الصغير أو الكبير أو
اجنبيا داره التى يسكن بثمن ضعيف مثل ان يبيعها بعشرة وهى ثمن مائة ولا تزال فى يده
حتى يموت قال ليس هذا بيعا وهو من باب العطية التى لم تقبض وهى باطلة وترد
الدنانير الى ربها وهو فى الاجنبى أبعد تهمة الا ان ذلك كله لا يجوز وهو مردود ما لم يشبه أن
يكون ثمنا أو مقاربا أو مشكلا فيمضى على جهة البيع ﴿فرع﴾ وعن سحنون فى كتاب كتبه
اليه شريح القاضى فيمن باع أربعة نفر من بعض ورثته شيأ بمائة دينار وقبض خمسة دنانير
بحضر البينة وأشهد انه قبض الجميع أو كان المشترى أجنبيا فكتب اليه سحنون ينظر
الحاكم فان استراب أمرا وخاف ان يكون عمل على ما لا ينبغى نظر فيه وكشف وسأل
والفعل فى المرض اضعف فلما ان صح الآمر ولم يكن الدافع معروفا ولا عرفت البينة الا انه
محدود فى كتاب الشراء فلا يجوز البيع الا أن يكون فى الكتاب اقرار المشترى بالقبض
والمعرفة فينظر فيه من ابن سهل ﴿مسئلة﴾ واذا أقر الرجل لزوجته فى صحته عند الاشهاد
ففى الطرر ان اقراره واشهاده وعدم اشهاده سواء وهو فى العتبية من سماع اشهب وقال ابن
زرب ذلك لها وتصح الشهادة لها بذلك ولا بد لها من اليمين وحكى ان بعض الشيوخ كان
يفتى انه لا يمين عليها الا أن يحقق الورثة عليها ما تجب به عليها اليمين وضعفه ابن زرب وقال
لا بد من اليمين وهذا كله كما تقدم اذا كان فى صحته حين الاشهاد وأما ان أشهد وهو مريض
فلا خلاف بينهم انه لا ينفذ الاشهاد فتأمل ذلك وأفتى ابن زرب فى ذلك فقال أما ما كان

شراء مكيلة معلومة من ثمر معينة قد بدا صلاحها أو لبن غنم معينة قد در لبنها بثمن يعطيه حالا أو مؤجلا ويأخذ ذلك مياومة أو
مجموعا ويشرع فى أخذها وكذلك من كل شئ حاضر عند البائع وقد رآه المشترى وليس ذلك من السلم وهو بيع من البيوع
(ويكتب فى ذلك عقد) اشترى فلان من فلان كذا وكذا رطلا من ثمر حائطه بكذا أو من عنب كرمه
بكذا الشارع فى أخذ ذلك من
الآن بكذا وكذا دينارا
مؤخرة لأجل كذا أو حالة
وبعد ان رأى الثمرة وعرفا
ما عاقدا عليه وتبايعاه ووقفا عليه
وشهد عليهما بذلك فى كذا
﴿فصل القرض﴾ والقرض
جائز وهو فعل خير ويجوز فى
كل شئ الا فى الجوارى ولا يلزم
رده الا بعد الاجل الذى ضرب
له فان لم يكن أجل فالعادة
(ويكتب فيه) اذا ذهبا الى
الاشهاد به عقد وجب لفلان
قبل فلان كذا وكذا دينارا
من الذهب أو من الفضة أو
كذا وكذا من القمح برسم
الحلول أو أخره بها توسعة عليه
لأجل كذا من سلف صحيح جائز
مقبوض بيده وشهد عليهما
بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ ومن
شرطه ان لا يكون فيه منفعة
للمقرض ولا يحل هدية ولا يحل
له أخذ هديته وفى مبايعته
بالمسامحة قولان الجواز
والكراهة وفى سلف الطعام
المسوس فى المسغبة ويأخذ
سالما قولان والسفاتج ممنوعة
على المشهور وقيل مكروهة
وقيل جائزة ﴿وسئل﴾ ابن رشد
فى الذى يتسلف حظا من الماء
على ان يرده له فى يوم آخر من
أيام له فى الشرب أو يشتريه له
﴿فقال﴾ ذلك جائز قرب أو بعد الا ان يسلفه فى الفصل الذى تقل الحاجة اليه فى الشتاء على ان يرده له فى الصيف وحين تكثر
الحاجة اليه فلا يجوز لانه سلف جر نفعا وان اسلفه منه على الحلول جاز ويعطيه اياه متى طلبه وان لم يجد المتسلف الماء كان عليه
قيمة الماء يوم استسلفه وقد قيل ان السلف فى ذلك يجوز على ان يعطيه فى الصيف أو فى الشتاء وهو مذهب أصبغ والاول هو

من زيها فانها تأخذه بلا يمين وأما ما كان من زيه أومن زيهما فلا تأخذه الا بعد يمينها وأفتى ابن وضاح فى ذلك ان ذلك حامل الا فى ذهب أوفضة دنانير أودراهم وما كان من ثيابه أوزيه أوعروض أوطعام فهو موروث الا أن يعين ذلك فى صحته ويعاين الشهود ذلك وفى موضع آخر من الطرر اذا حضرت الرجل الوفاة وكان له مال كثير عريض فذكر ان جميع ذلك لامرأته من مالها فان كان لا يتهم صدق وان كان يتهم على ذلك نظر فيه لان اقراره لمن يتهم عليه وصية منه لانه لما علم ان وصيته لا تجوز جعلها اقرارا ﴿مسئلة﴾ وفى أحكام ابن زياد فى رجل تردد على القاضى مشتكيا برجلين عدلين حينا ثم قام رجل يدعى على المشتكى بالرجلين دعوى فسأله القاضى بينة على دعواه فسمى الرجلين اللذين اشتكى بهما المطلوب فقال له القاضى هل لك غيرهما فقال لا فاستراب القاضى من ذلك وسأل الفقهاء فأجابوه بان التثبت فى الشهود من أولى الاشياء واحقها لما ظهر من كثير من الناس من الشهادة بغير الحق والذى استراب القاضى منه محل ريبة الا فى العدول المبرزين فى العدالة المعروفين بالفضل والخير واستقامة الطريقة على طول الايام ومن المدونة أن شهادة مثل هؤلاء لا يسقطها الا التصريح بالعداوة انظر أحكام ابن سهل ﴿مسئلة﴾ ومن أقر بقتل خطأ فان اتهم انه أراد غنا ولد المقتول كالاخ والصديق لم يصدق وان كان من الاباعد صدق ان كان ثقة مأمونا ولم يخف ان يرشى على ذلك ﴿مسئلة﴾ ولو كان تحت يد الاب لولده أو الوصى لمحجوره مال وعلى اليتيم دين فادعى الاب أو الوصى نفاد المال الذى تحت يده ولم يعلم نفاده واتهم على كتمه فانه لم يقبل قوله ويحبس حتى يتبين صدقه ﴿مسئلة﴾ لو أقر لولده بدين لا يعرف سببه لم يجز له قال ابن حبيب وهو قول علمائنا ولو قال اشهدوا ان لولدى على مائة دينار من كذا وكذا ولا يعرف ذلك فلا يجوز الا أن يأتى بامر يعرف له به مال وذلك لاجل التهمة فى ذلك ﴿تنبيه﴾ قال ابن القاسم فى المدونة اقراره بدين لوارث فى الصحة جائز وانما يتهم فى اقراره فى المرض الا فى الزوجة اذا كان الذى بينه وبينها متفاقما وأما اقراره فى الصحة لوارث فروايه أصبغ جوازه كما فى المدونة قال أصبغ الا أن يقر لولد له رضيع ولا يعرف بكسب ولا فائدة من ميراث دخل عليه صار الى أبيه أو بسبب أو هبة من أحد فهو حينئذ توليج وهدر ﴿فرع﴾ وكذلك ان أقر لكبير من المال بما لا يشبه ولا يثبت اسباب شئ من هذه الوجوه فانه يبطل كله ويكون توليجا ﴿مسئلة﴾ وفى أحكام ابن سهل قال ابن القاسم من وكل على قبض شفعته فاقر الوكيل ان موكله قد سلم الشفعة فهو شاهد ويحلف المشترى معه وتبطل الشفعة ولو كان مع اقرار الوكيل شاهد آخر كانا عدلين بطلت الشفعة الا أن يكون المشهود عليه غائبا غيبة يتهم وكيله على الانتفاع بالمال وللمال بال فلا تبطل الشفعة بشهادته ﴿مسئلة﴾ وفى معين الحكام واذا أقر الاب فى مرضه بقبض صداق ابنته أو انعقد ذلك عليه فى الصداق ولم تعاين البينة القبض لحقته التهمة ولم يصدق كما لو تحمل به فى هذه الحالة

...ه فى غير ذلك البلد فان أيس من الرجوع اليه الا بعد الزمان الطويل فله أخذه بقيمة الطعام فى موضع السلف وان رجى الرجوع فيما قرب لم يقض عليه به حتى يرجع وان كان من سلم فهو بالخيار بين ان يصبر حتى يأخذه فى موضعه أو يأخذ رأس ماله ان أيس من دخول الموضع وليس له قيمته لئلا يصير بيع الطعام قبل قبضه وقال غيره ان تراضيا فى القرض على أخذ قيمة الطعام جاز ولا يجوز ذلك فى السلم وان ذهب الذى عليه السلف الى تعجيله لزم المسلف قبوله قرب الاجل أو بعد بخلاف السلم ﴿فصل فى بيع الدين﴾ ويجوز بيع الدين عينا كان أو عرضا بما يجوز ان يباع به اذا كان الذى عليه الحق حاضرا مقرا (ويكتب فى ذلك عقد) اشترى فلان من فلان جميع أرطال الحرير أو شقق الكتان المترتبة له قبل فلان وقدرها كذا بكذا وكذا دينارا قبضها منه مناجزة وأبرأه منها وصار بذلك ماذكر مال فلان ومتاعه بمحضر الذى عليه الحق فلان واقراره بصحة ذلك قبله وبقائه حتى الآن وشهد على الثلاثة المذكورين بذلك فى كذا * وان كان عينا (فيكتب فيه مانصه) عوض فلان لفلان فى الكذا والكذا دينارا الواجبة له قبل فلان جبة ملف أو كذا من الطعام أو الحرير قبضها منه وأبرأه منها وصارت الدنانير بذلك مال فلان ومتاعه بمحضر الذى عليه الحق وتبنى على ما تقدم ﴿بيان﴾ ولا يكون الثمن فى ذلك الا معجلا لئلا يكون دينا فى دين قاله وان كان المبيع طعاما فلا يجوز بيعه قبل قبضه الا ان يكون من قرض وشبهه مما تقدم ذكره فى بيع الطعام بالطعام وان كان الحق على غائب ولم يكن ثابتا ببينة فلا يجوز بيعه اتفاقا لانه غرر وان كان ثابتا ففيه اختلاف وظاهر المدونة انه لا يجوز بيعه

قاله ابن القاسم في الواضحة وقال ابن وهب وابن الماجشون واشهب اقراره بقبضه نافذ
قال اشهب فان كان الزوج لم يدخل وترك الاب مالا أخذ من ماله وان لم يكن ترك مالا
لم يكن للزوج اليها سبيل حتى يؤدى الصداق ويتبع مال الميت ﴿مسئلة﴾ اذا دخل الزوج
بزوجته قبل الاشهاد على النكاح فسخ بطلقة بائنة وقال ابن حبيب يحدان ان ثبت الوطء
عالمين كانا أو جاهلين مالم يكن أمرهما فاشيا وقال ابن القاسم اذا لم يعذرا بالجهالة حدا
وشهادة الولى لهما بالنكاح لا تفيد لانه يتهم ان يريد الستر على وليته ﴿مسئلة﴾ وفي المتيطية
وسئل مالك عن الرجل يتهم ختنه يعني زوج بنت امرأته بافساد أهله فيريد ان يمنعها من
الدخول عليه أو يمنعه من الدخول عليها قال ينظر في ذلك فان كانت متهمة منعت بعض
المنع لا كل ذلك وان كانت غير متهمة لم تمنع الدخول على ابنتها ﴿مسئلة﴾ وطلاق المريض
وخلعه جائز ويصح له ما أخذ من الزوجة غير انه ان مات من مرضه قبل ظهور صحته ورثته
المرأة بائنا كان الطلاق أو رجعيا قبل الدخول أو بعده أوقعه هو أو الزوجة بتمليك أو
تخييرا وكانت يمينا في الصحة حنث بها في المرض وترثه أبدا وان تزوجت أزواجا سواه لانه
يتهم أن يفر بميراثه منها ﴿فرع﴾ وكذلك لو أقر له في مرضه انه طلقها البتة في صحته لم يصدق
وورثته لانه يتهم في اخراجها من الورثة ﴿مسئلة﴾ والشاهدان اذا انفردا برؤية الهلال في
الصحو في المصر الكبير فقيل ترد شهادتهما لان انفرادهما ريبة ترد بها شهادتهما وقيل
تقبل انظر ابن بشير ﴿فرع﴾ وكذلك لو خاصم الشاهد المشهود عليه في حق المشهود له
فانها لا تقبل لقيام القرينة على تهمته ﴿فرع﴾ وكذلك الشهادة التي يجر بها أو يدفع
وكذلك أكيد الشفقة أو السبب يمنع قبول الشهادة ﴿فرع﴾ وكذلك العداوة الدنيوية
تمنع قبول الشهادة ﴿فرع﴾ وكذلك الحرص على زوال التعيير وذلك في صورتين احداهما
اظهار البراءة مثل ان يشهد فترد شهادته لفسقه ثم يشهد بتلك الشهادة بعد ان صار عدلا فترد
شهادته لاتهامه على دفع عار التكذيب وكذلك اذا ردت لكفره أو صباه أو رقه الثانية
قصد التسلي والتأسي كشهادة المقذوف في القذف على المشهور وكشهادة ولد الزنا في الزنا
﴿فرع﴾ وكذلك الحرص على الشهادة في التحمل والاداء والقبول فالتحمل كالمختفي
في رواية والمشهور ان ذلك لا يضر وقيده محمد بما اذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا
خائف ولا ضعيف وأما الحرص على الاداء فمثل ان يبدأ بالشهادة قبل طلب صاحبها وهو
حاضر عالم بها والحق مال فان أداها سقطت وأما الحرص على القبول فمثل ان يحلف
على صحة شهادته اذا شهد بها وذلك قادح فيها لان اليمين دالة على التعصب وشدة الحرص
على انفاذها ﴿مسئلة﴾ ولاجل التهمة اشترطوا التبريز في سبع مسائل فلا تقبل الشهادة
فيها على مذهب ابن القاسم الا من العدل المبرز شهادة المولى لمن اعتقه والصديق
الملاطف لصديقه والشريك المفاوض لشريكه واذا زاد الشاهد في شهادته أو نقص منها
بعد ان شهد بها واذا سئل عنها في المرض فقال لا أعرفها ثم شهد بها وذكر المانع من

الا ان يكون الذى عليه الحق حاضرا أو زاد في كتاب الصلح منها ان يكون مقرا وفي العتبية في نوازل أصبغ منها من رواية موسى
عن ابن القاسم جوازه اذا كان قريب الغيبة يعرف ملاؤه من عدمه ﴿فصل في الاقتضاء﴾ واقتضاء الديون مختلف فاما
قبل الاجل فلا يجوز له ان يأخذ الا مثل الذى له عليه في الجنس والصفة والمقدار فلا يأخذ دنانير عن
دراهم ولا عكسه على المشهور ولا نوعا من الطعام أو غيره عن نوع آخر ولا اجود منه ولا أردأ في الصفة ولا أقل من الذى له ولا أكثر في المقدار كان الدين من قرض أو سلم أو غير ذلك أى نوع كان الحكم في ذلك واحد (ويكتب في ذلك عقد) دفع فلان الى فلان الكذا وكذا دينارا أو الكذا وكذا اندحا من القمح الذى له عليه مؤخرة الاجل كذا عجلها له عن طوع منه فقبضها منه وصارت بيده على الكمال وأبرأه منها وشهد عليهما بذلك في كذا وعاين ذلك في قبضه وأما بعد الأجل فان كان عينا فله ان يأخذ صرفه خلافا لاشهب فيأخذ عن الدنانير دراهم وعكسه وله ان يأخذ أقل أو أكثر ودون صفة أو أجود أو عرضا أو ما شاء اذا تعجل ذلك وانتقد ذلك من قرض أو غيره وأنزل أهل المذهب الزيادة في الوزن اذا كان التعامل بالعدد منزلة الزيادة في الصفة فاجازوا ذلك على الاطلاق فان كان التعامل بالوزن فكانت الزيادة في الوزن أو كان التعامل بالعدد فكانت في العدد ففي ذلك ثلاثة أقوال احدها ان
ذلك لا يجوز الا في المقدار اليسير جدا والثاني ان ذلك لا يجوز الا في مقدار الدينار والثلاثة في المائة ونحو ذلك مالم يكثر والثالث ان ذلك جائز على الاطلاق كالزيادة في الصفة وهو قول ابن حبيب وفي المدونة لا تقضى المجموعة من القائمة والفرادى وتقضى القائمة منهما والفرادى من القائمة فالمجموعة هي المجموعة من الزيوف ومن زائد وناقص والقائمة في

شهادته فى مرضه وشهادة الاجير لمن استأجره وشهادة المنفق عليه للمنفق لان التهمة فى هذه المواضع قوية ﴿فرع﴾ وكذلك الاستبعاد سبب فى التهمة من ذلك شهادة البدوى على القروى فى الحاضرة فى الحقوق المالية على ما فى المسئلة من التقييد والتفصيل لانه يتهم فى تركه أهل الحضر ويشهد العرب وكذلك شهادة السؤال فى المال الكثير والذى يكثر مسئلة الناس وهو معروف بذلك لا تجوز شهادتهما للتهمة وكذلك اذا شهد أهل الاقلال والحاجة فى المال فليكشف القاضى عن ذلك وعما شهدوا به عند من يظن عنده علما من ذلك ولا يعجل بالحكم وليتثبت ويحتاط وكذلك شهادة أحد الزوجين لصاحبه وشهادة الرجل لجده وجدته من قبل الرجال والنساء وشهادة الكذاب والنمام والذى يطعن على الناس وتسقط بالخيانة والرشوة وبالعصبية وهو ان يبغض الرجل الرجل لانه من بنى فلان أو من قبيلة كذا ويتلقن الخصم الخصومة فقيها كان أو غيره وبمداومة الاكل عند العمال وباتيانه مجلس القاضى ثلاث مرات لغير حاجة لانه يتهم أن يرى الناس انه من خواص القاضى وبسكنى دار يعلم ان اصلها مغصوب وبأن يساكن ولده فى دار واحدة وهو ممن يشرب الخمر ويسمع الغناء واستيعاب هذا فى باب الشهادات

﴿فصل فى ايمان التهم﴾ قال ابن الهندى فى وثائقه الكبرى الايمان التى فيها التهم والظنون لا تجب على المدعى عليه حتى يثبت المدعى ان المدعى عليه ممن تلحقه مثل هذه التهمة فاذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه ولم يكن له رد اليمين ﴿مسئلة﴾ قال ابن سهل واذا كانت الدعوى فى تعد ينسبه احدهما الى صاحبه فان اليمين لا تجب فى هذا بالخلطة وانما تجب فى مثل هذا اذا كان المدعى عليه بالتعدى ممن يتهم بذلك وينسب اليه ويكون معروفا به زاد ابن لبابة سواء ثبت عليه الغصب والتعدى أو لم يثبت الا انه ادعى عليه به ﴿فرع﴾ فلو احتج المدعى واستدل على انه ممن تلحقه التهمة بأن قال قد انكر صداق ابنتى واثبته عليه بعد ذلك فان لم تكن زلته غير هذا فليست بزلة يبلغ بها الريب التى تلزمه اليمين بالتهمة قاله ابن لبابة فان كان القاضى لا يعرفه فانه يكشف عنه سرا وجهرا حتى يتحقق أمره عنده ﴿مسئلة﴾ اختلف هل تجب اليمين على المدعى عليه مع عدم تحقيق الدعوى أو لا تجب الا بعد تحقيق الدعوى ونقل عن ابى الحسن الصغير ان مشهور المذهب ان اليمين تجب بمجرد التهمة وان لم تحقق الدعوى والظاهر انه يريد بعد اثبات ان المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى به عليه وفى الطرر لابى ابراهيم الاعرج فى باب الزكاة ان المشهوران لا يمين فى الشك يعنى اذا لم تكن الدعوى محققة انظرها فى مسئلة رد الدرهم الزائف ﴿مسئلة﴾ الايمان فى التهمة لا ترد لان الدعوى لا تحقيق فيها ولا قطع بل هى ظن فاذا توجهت على المدعى عليه وامتنع من اليمين حبس حتى يحلف لانه حابس نفسه وقال المتيطى فى موضع آخر من الكتاب وذكر عن الشيخ ابى عمران أن ايمان التهم فى ردها اختلاف والذى فى الرواية يحتمل والصواب ان لا ترد وقد يقال انه يحلف مع غلبة الظن كما اذا اقام للصغير شاهد

ويداذا جمعت والفرادى جيدة تنقص يسيرا واذا كان الفضل بشرطا أو عادة أو فى الطرفين منع باتفاق والسكة والصياغة فى القضاء كالجودة * وان لم يكن عينا فاما ان يكون من قرض أو سلم فان كان من قرض فله ان يأخذ فيه ما شاء من الطعام والعروض والدنانير والدراهم وغير ذلك اذا تعجل ذلك وانتقد ويأخذ فى الطعام عن القمح ذرة وعن الذرة قمحا أو زبيبا أو ما شاء أو ادون صفة أو اجود كل ذلك جائز اذا تعجل كما تقدم قال ابن فتحون وله ان ينظر فى حاله وحيث يجعله ولا يضره أخذ بافقته فى غده أن كان ذلك لكثرته اذا شرع فى القبض وان كان من سلم يجوز له ان يسامحه فى الصفة فيأخذ سمراء عن محمولة وعكسها ويأخذ السلت والشعير عن الحنطة وعكسها ولحم الابل عن لحم البقر وشبه ذلك اذا لم يخرج عن الجنس الذى له عليه والكيل ولا يأخذ منه ذرة عن حنطة ولا غير الجنس الذى له عليه قال بعض المتأخرين لا يجوز ان يأخذ منه فى السلم غير جنسه الا بثلاثة شروط أحدها ان يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه فيخرج الطعام الثانى ان يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال فيخرج اخذ الطعام ورأس المال طعام والذهب بالورق وعكسه والعروض بصفتها الثالث ان يكون المأخوذ مما يجوز بيعه بالمسلم فيه يدا بيد فيخرج أخذ اللحم عن الحيوان وعكسه قال ويزاد فيه ان كان قبل الاجل شرط رابع وهو ان يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه الى أجل فيخرج صنف المسلم فيه الاعلى والادنى (ويكتب فى ذلك بعد الاجل) بذكر عقد قبض فلان من فلان كذا وكذا دينارا كانت له قبله أو كذا وكذا من القمح الذى كان له عليه وصار بيده وأبرأه منه وشهد عليهما بذلك فى كذا قال ابن الحاج فى مسائله اذا اقضاه دراهم فكان فيها درهم سوء فقام بعد ذلك فان اليمين فى ذلك على الدافع [illegible] أو صغير يحلف الدافع على البت ما اعطيتك الا طيبا اوازنا * وان

بذكر حق لابيه انه يحلف مع الشاهد اذا كبر (تنبيه) قال ابن لبابة واصحابه كل ما كان من دعوى منصوصة قطع المدعى بأخذ المدعى عليه لذلك كان للمدعى عليه بذلك رد اليمين على المدعى ما لم يكن منصوصا من عين تهمة حلف المدعى عليه على ذلك فان نكل شدد القاضي عليه بما يراه من الحبس أو غيره (تنبيه) قال ابن سهل اذا لم يحقق المدعى دعواه على المدعى عليه وانما اتهمه بخيانة وشبهها ولم يقطع عليه فلا تجب اليمين الا أن يكون ممن يتهم في دينه باستحلال ما لا يحل (تنبيه) قال ابن لبابة وغيره والمسلمون في دعوى الغصب والعداء محمولون على العافية حتى يثبت خلافها (مسئلة) المتبايعان على المعرفة حتى يثبت الجهل وعلى الملاء حتى يثبت الفقر وعلى الحرية حتى يثبت الرق وعلى الاسلام حتى يثبت الكفر وعلى العدالة حتى تثبت الجرحة وقيل عكسه والغائب محمول على الحياة حتى يثبت الموت قاله ابن سهل وليس هذا من الاختلاف المذكور في باب الشهادة هل المسلمون محمولون على العدالة حتى يثبت خلافها أو على الجرحة حتى تثبت العدالة (تنبيه) وأما الشهادة على المتبايعين والمتناكحين فالناس محمولون على الصحة وجواز الامر وليس على الشهود البحث هل هما في ولاية ام لا من المتيطية (تنبيه) والناس عند ابن القاسم احرار فلا تحتاج المرأة عند ارادة النكاح ان تثبت انها حرة وعند اشهب وغيره الناس حر وعبد فيحتاج لاثبات ذلك (تنبيه) الناس فيما ادعى عليهم علمه محمولون على الجهل حتى يثبت عليهم علمهم بذلك لقوله تعالى والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيأ فجهل الانسان سابق لعلمه (تنبيه) الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد قاله ابن الهندي (تنبيه) الناس محمولون على العدم حتى يثبت الملاء والغناء ذكره ابن الهندي قال والعمل عند الحكام على ان مدعي العدم عليه الاثبات لعدمه وهو الاصح (مسئلة) ان شرط لزوجته ان لا يتسرى عليها ثم ادعت عليه انه تسرى سرا فانكر فطلبت يمينه على ذلك فان كان ممن يتهم حلف لها وان كان ممن لا تلحقه تهمة ولا ظنة وثبت عند القاضي ببينة انه ممن لا يستسهل ذلك في دينه ولا يستحله فانه يسقط عنه اليمين بعد ان يعذر الى المرأة فيمن شهد له بذلك فان ادعت مدفعا أجلها في ذلك على قدر اجتهاده فان لم تأت بشيء يجرحها وانفذ ذلك عليها (مسئلة) وفي وثائق ابن العطار وفي سماع اشهب سئل مالك رضي الله تعالى عنه عن رجلين ابتاعا طعاما فحمل الحمالون اليهما الطعام فوجد أحدهما طعامه ينقص غرائر فذهب الى الذي كان يحمل اليه الطعام فقال له انظر لعله يكون حمل اليك من طعامي شيء فكال الرجل طعامه فوجد فيه زيادة فردها فاراد الذي ذهب طعامه ان يستحلفه على باقي ما نقصه من غرائره فقال ذلك له وان نكل حق عليه الحق (مسئلة) فاذا أبرأ الرجل بعض ورثته من ماله ثم توفي وقام سائر الورثة يريدون تحليف المبرأ على انه لم يخلف عنده شيأ فلا يمين لهم عليه وان ادعوا ان المتوفى افاد مالا بعد الاقرار وخلفه عنده فلهم عليه اليمين في ذلك وللمبرا ردها عليهم (مسئلة) وفي المقنع في باب جامع الايمان قال

دفع له غير جنس ما عليه حيث يجوز له (فيكتب في ذلك عقد) ابرأ فلان فلانا من الكذا والكذا المترتب له عليه بان قبض عنها كذا وصار ذلك عنده وراضيا به فيما ذكر ولم يبق قبله من ذلك تبعة وشهد عليهما بذلك في كذا * وفي كتاب الاستغناء قال بعض المفتين من قام على رجل بوثيقة مؤرخة بدين فاقام المدعى عليه البينة انه أقر عندهم بعد تاريخ الوثيقة انه لم يبق له قبل المدعى عليه حق بسبب من الاسباب ولا بوجه من الوجوه فانه ان دفع في شهادتهم والا سقط حقه وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم في العتبية وقال ابن المواز بينة الدين أولى حتى تثبت البراءة منه لانه قد كان برشا قبل المداينة الا ان قال انه أقر انه لم يبق له عليه حق أو لا بقية لي عليه أو مما كان بيني وبينه فهذا يسقط دعواه وأما ان شهدوا انه ماله عليه حق ولم يشهدوا على العلم فبينة الدين أولى الا ان يشهدوا انه أبرأه من كل حق كما ذكرناه قال ابن المواز وان دفع اليه خمسين دينارا أو كتب ان ذلك آخر حقه قبله ثم قام عليه بحق فقال هو بعد البراءة وقال الآخر قبلها فلا يقضى به ويحلف المبرأ لقد دخل في البراءة ويبرأ وكذلك ان اخرج هذا ذكر البراءة بتاريخ له وهذا عقد حق لا تاريخ له فالبراءة أحق وان كان في أحدهما تاريخ حكم بالذي فيه التاريخ وبطل الآخر

(فصل المقاصة) والمقاصة هي ان يكون لكل واحد منهما حق قبل الآخر من جنس واحد فيذهبان الى الاقتطاع وهي جائزة على تفصيل وذلك ان الدينين اما ان يكونا عينا أو عرضا غير طعام أو طعاما فان كانا عينا فان كان مال أحدهما دنانير ومال الآخر دراهم فلا تجوز المقاصة الا ان يكونا حالين معا فيكون صرف ما في الذمة وان كانا مؤخرين أو أحدهما فلا تجوز المقاصة باتفاق وان كان مال كل واحد منهما دنانير أو دراهم فان كانا حالين جازت المقاصة

بالاختلاف وان كانا مؤخرين الى أجلين متفقين أو مختلفين أو احدهما فانما جازها ابن القاسم ومنعها أشهب وان كان ما لاحدهما قبل الآخر عرضا من سلم في عرض صاحبه غير طعام فالمقاصة جائزة ان كانا حالين أو مؤخرين الى أجل متفق وان كانا الى أجلين مختلفين لم تجز المقاصة وسواء كان ذلك من قرض أو بيع في القرض والعين الحكم في ذلك واحد وان كان الدينان طعاما فاما ان يكونا من قرض أو بيع أو أحدهما من قرض والآخر من بيع فان كانا من قرض وكانا متفقين مثل ان يكون لاحدهما على الآخر كيد حنطة سمراء والآخر مثلها فالمقاصة جائزة حالين كانا أو مؤخرين أو احدهما وان كان لاحدهما سمراء وللآخر محمولة لم تجز المقاصة الا أن يكونا معا حالين فيكون بدلا والا فلا وان كانا من بيع فان اختلف أو اختلفت رؤس أموالهما أو كانا مؤخرين لاجلين مختلفين لم تجز المقاصة الا ان يكون الاجلان متفقين فمنع ابن القاسم المقاصة وأجازها أشهب وان كانا من بيع وقرض فان لم يختلفا وكانا حالين جازت المقاصة وان اختلفا لم تجز بوجه وان كانا مؤخرين أو احدهما فثلاثة أقوال المنع لابن القاسم والجواز لاشهب والثالث انه ان كان السلم حالا جازت والا فلا (وكتب في المقاصة اذا دعيا الى الاشهاد بها) عقد أبرأ فلان من فلان من كذا دنانير من الذهب كانت له عليه فان قاصه بها عن مثلها عددا وصفة وجبت له عليه مقاصة صحيحة برئت بها ذمة كل واحد منهما مما وجب عليه للآخر ولم يبق بينهما ولا لاحدهما قبل الآخر من ذلك تبعة وشهد عليهما بذلك في كذا

(فصل في الحوالة) والحوالة جائزة بالدين الحال ولا تجوز بالمؤخر ولا يشترط ذلك في المحال فيه والاحالة فيه جائزة حالا كان الدين الذي على المحال عليه أو مؤخرا وانما يشترط الحلول في الدين الذي على المحيل غريمه

ابن المواز وروى أشهب عن مالك في شريكين في زرع اشتغل أحدهما أو مرض فحصده الآخر وانفق فلما صح شريكه قال له المتولي هذا الذي خرج من الزرع وقد انفقت كذا وكذا فقال له احلف لي انه ما خرج من الزرع الا هذا وان النفقة على ما قلت فقال انما احلف انه الذي دفع الي وكلائي * فقال يحلف ما دفع اليه القوم الا ذلك وليس عليه غير ذلك ويحلف على علمه اذا كان عنه غائبا ولو كان حاضرا ما حلف الا على علمه لعله ذهب عنه ما لا يعلمه **(مسئلة)** وفي المقنع أيضا في المودع يدعي ضياع الوديعة فان كذبه ربها وقال اكلتها فالمودع مصدق الا أن يتهم فيحلف قال محمد بن عبد الحكم فان نكل ضمن ولا ترد اليمين ههنا على ربها لانه لا تحقيق عنده وانما هو ظن **(تنبيه)** قد تقدم ان أيمان التهم لا ترد فاذا ادعى عليه بتهمة وغيرها مثل ان يدعي عليه انه فتح تابوته وأخذ منه وثائق وانه استعار منه ثوبا واسلفه دنانير ولم تقم بينة والزم المدعى عليه باليمين فله ان يرد اليمين على المدعي في الثوب والدنانير أو في أحدهما ولا يردها عليه في فتح التابوت انظر الجزء الاول من أحكام ابن سهل في رسم دعوى وتهمة **(مسئلة)** وفي مسائل ابن زرب كان ابن زرب رحمه الله تعالى يقول اذا قام رجل على آخر بدعوى بتهمة فيها فوجبت اليمين على المدعى عليه فليس له ردها ولا يحلف المدعى عليه اذا كان ممن تأخذه اليمين على التهمة حتى يحلف المدعي لقد ضاع له ما ادعاه على المقوم عليه وحينئذ يحلف المدعى عليه اذا قال للمدعي لم يضع لك شئ وانما تريد ان تحرجني باليمين وبهذا كان يحكم وكان يغرب بها ويقول انها من دقيق المسائل **(مسئلة)** والمشهور عن مالك ان يمين التهمة لا ترد فان أبى المتهم ونكل عنها حبس أبدا حتى يحلف من مجموع الفتاوى وفي رسالة القضاء مما نقله من كتاب ابن حبيب قال وقد ذكر لي بعض اصحابنا انه رأى لاهل العلم انه ان أبى ان يحلف غرم ما ادعى به عليه وقد تقدم نحوه عن محمد بن عبد الحكم **(فرع)** وفي العتبية لابن القاسم في الغريم يريد سفرا فيتعلق به صاحب الحق ويقول انك تريد سفرا وأنا أخاف ان يحل أجل ديني وأنت غائب ولكن اعطني حميلا ان غبت عني يقوم لي بحقي فقال ينظر في ذلك السلطان فان رأى ان الاجل يحل قبل أن ينقضي سفره لبعد المكان الذي يريد كان عليه ان يجعل له حميلا والا لم يكن له عليه حميل واحلف بالله ما يريد الا سفر ما يخرج الناس اليه من التجارة وطلب الحوائج القريبة مما يأتي في مثله ويجلبه ولم يذكر في المدونة في هذه المسئلة يمينه وقال ابن أبي زيد فيها في اختصاره المدونة يريد ويحلف **(فرع)** وكذلك الزوج يريد سفرا فتقوم عليه زوجته تطلبه ان يقيم لها حميلا بنفقتها فان السلطان ينظر الى سفره الذي يريد فيفرض لزوجته قدر ذلك فيدفعه اليها أو يأتيها بحميل يجريه عليها ومعناه بعد يمينه ان زعمت انه يريد سفرا الى ما هو أبعد من ذلك قال المتيطي واليمين في هذا يمين تهمة ففيها الخلاف السابق هل تلحق ام لا **(فرع)** وكذلك حميل الوجه اذا اشترط انه ليس عليه شئ من ضمان المال فانما عليه احضاره والجمع بينه وبين

غرعه فان غاب الغريم أجل الحميل فى طلبه آجالا كثيرة قال مالك ولا شئ عليه غير طلبه فاذا لم يظهر منه تقصير وعجز عن احضاره برئ ويحلف انه ما قصر فى طلبه ولا دلس ولا يعرف له مستقرا وهذا قول ابن القاسم فى العتبية ﴿فرع﴾ وكذلك اذا خيف غرق المركب وطرح مال التجارة وزع المطروح على مال التجارة المطروح والسالم ويقبل قول المطروح متاعه فى قيمته فان [illegible] لف ﴿فرع﴾ واذا اقام على الرجل غرماؤه فاقر أن هذه السلعة وديعة عندى لفلان والمقر له حاضر يدعيها فانه يحلف المقر له ويأخذها الا ان المقر يتهم انه يحابيه باقراره قال القاضى عياض رحمه الله تعالى وليست يمينه من باب اليمين مع الشاهد لان هذا مقر وليس بشاهد ولا تشترط فيه العدالة التى تشترط فى الشاهد وانما هو من باب الاقرار واليمين للتهمة ﴿تنبيه﴾ وفى الجزء الثانى من احكام ابن سهل ان يمين التهمة يحلف فيها فى مقطع الحق ذكره فى ترجمة دعوى ويمين التهمة فى المدعى وذكرها أيضا فى الجزء الاول فى باب المقالات والشهادات ان المتهم اذا طال حبسه ودام على انكاره انه يحلف فى مقطع الحق انه ما أخذ شيأ ﴿فرع﴾ ومن ادعى عليه بغصب أو سرقة لا تجب عليه اليمين الا أن يكون متهما فيحلف فان امتنع حبس على ما هو مذكور فى باب القضاء بالسياسة ﴿فرع﴾ وفى التنبيهات للقاضى عياض انه لا ضمان على السمسار فى دعوى ضياع المتاع ولا فيما حدث فيه فى يديه من عيب ويحلف ان اتهم ﴿فرع﴾ واذا ادعى الاب بعد ان اشهد على نفسه فى صداق ابنته انه قبض نقد ابنته من الزوج انه لم يقبض شيأ وانه اشهد قبل القبض وانكر الزوج ذلك فعلى الزوج اليمين ان كان متهما والاب لا يظن به دعوى الباطل وبسطها فى باب القضاء بالايمان فى الدعوى ﴿فرع﴾ وفى المتيطية قال ابن حبيب وللزوج ان يسأل الولى فيما صرف النقد فيه من الجهاز وعلى الولى ان يفسر له ذلك ويحلفه عليه ان اتهمه ﴿فرع﴾ وفى المتيطية سئل مالك عمن رد جارية بعيب على بائعها منه فاراد البائع ان يستحلفه انه ما وطئها منذ رأى العيب بها فقال لا يمين عليه وقال سحنون نحوه وقال ابن القاسم فى سماع عيسى ان كان متهما أحلف والا فلا ﴿فرع﴾ ومنها قال بعض الموثقين اذا اشترط البائع على المبتاع سقوط اليمين فى بيع البراءة من العيوب فان كان ممن لا يتهم فله شرطه وان كان ممن يتهم لم ينفعه الشرط وحلف ﴿فرع﴾ اذا كان الايداع بغير بينة فادعى المودع الرد كان القول قوله ويحلف مأمونا كان أو غير مأمون وهو خلاف دعوى التلف وله رد اليمين على ربها فان ردها عليه حلف وغرم المودع عنده ونحوه فى كتاب عبد الحق واللخمى وهو خلاف ما وقع فى كتاب الوكالات من مختصر ابن أبى زيد انه لا يحلف الا أن يتهم قال المتيطى والقول الاول مذهب ابن الماجشون ونحوه فى كتاب محمد وليس هو مذهب مالك وابن القاسم وقول مالك ان من يقبل قوله فى التلف يقبل قوله فى الرد اذا أخذ فيه بغير بينة قال ابن القاسم ولا يحلف الا ان يتهم واذا ادعى المودع عنده تلف الوديعة كان القول قوله وسواء أخذها ببينة وغير بينة

خاصة ومن له دين من كراء على رجل فلا يجوز له ان يحيل به الا ان يكون حالا بشرط أو عادة ولا يحال الا على ما يجانس الدين المحال به (ويكتب فى ذلك عقد) أحال فلان فلانا على فلان بكذا وكذا دينارا من الفضة أو الذهب وجبت له قبله ليقبضها منه عن مثلها صفة وعددا وجبت للمحال قبل المحيل برسم الحلول احالة قطع خروج اليها المحال ورضي بذمة المحال عليه عوضا من ذمة المحيل وبحضر المحال عليه وبموافقته على ذلك والتزامه دفع ذلك من غير عذر ولا نزاع وشهد على الثلاثة بذلك فى كذا ﴿بيان﴾ ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء وكذلك لا يشترط حضوره وعلمه على المشهور وفى كتاب الاستغناء لا تجوز الحوالة على الغائب وان وقع ذلك فسخ حتى وان كانت له بينة لانه قد يكون للغائب من ذلك براءة وفى المشتمل لا تجوز الحوالة الا على حاضر مقر ولا تجوز الحوالة بالطعام الا أن يكونا معا من قرض قال ابن رشد فان كانا من سلم فلا تجوز الحوالة فيهما حلت آجالهما أو لم تحل لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه هذا هو قول ابن القاسم وقال أشهب اذا استوت رؤس أموالهما جازت وكانت تولية قال وكذلك ان كان أحدهما من قرض والآخر من سلم فلا تجوز الحوالة على مذهب ابن القاسم حتى يحلا جميعا وحكى ابن حبيب فى الواضحة عن جماعة من أصحاب مالك انهما بمنزلة اذا كانا جميعا من سلف تجوز الاحالة بأحدهما على الآخر واذا حل المحال به ولا بذهب عن فضة أو عكسه الا ان يكونا حالين ويقبض ذلك قبل ان يفترقا فان افلس المحال عليه قبل الاحالة ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل ولا تلزمه الحوالة فان انعقد فى الوثيقة بعد معرفة المحال بملاء المحال عليه وموضعه من المال فلا رجوع له بوجه وان كان افلاسه بعد الاحالة فلا كلام للمحال

واختلف في يمينه فقيل ان كان متهما حلف لقد تلفت منه من غير تفريط ولا تضييع ولا تدليس ويبرأ منها وان كان مأمونا فلا يمين عليه ولا ضمان أبو محمد وقاله أصحاب مالك وكذلك قال ابن القاسم في كتاب الوكالات من المدونة فيمن أمر رجلا يشتري له سلعة وينقد عنه وقيل لا يمين عليه أصلا لانها يمين تهمة وهو امينه وقال ابن نافع يحلف وان كان ممن لا يتهم ورواه عن مالك وكذا قال مالك في المبسوط انه يحلف متهما كان أو غير متهم ورأى الناس قد استحقوا التهم وتغير حالهم فجعل اليمين جباية الا أن يتبين رجل بالصلاح والخير فلا يمين عليه انظر المتيطية

{الباب التاسع والعشرون في القضاء بشرط التصديق}

وفي المتيطية في باب الشروط في النكاح اختلف في شرط التصديق هل ينتفع به مشترطه ام لا فقيل ينفعه وقيل لا ينفعه وقال ابن القاسم ان كان مشترطه مأمونا يعرف بالحالة الحسنة نفعه الشرط والا لم ينفعه {مسئلة} ومن هذا المعنى ما يجري بين الناس في معاملاتهم بالدين فيشترط البائع على المشتري في أصل المعاملة انه مصدق في دعوى القضاء دون يمين تلزمه ثم يدعي الذي عليه الدين بعد ذلك انه قد رهنه بالدين رهنا أو وهبه اياه أو أنظره به أو غير ذلك من الوجوه المتعلقة بتلك المعاملة أو تغيب الذي عليه الدين أو يموت فيكلف القاضي صاحب الدين يمين الاستبراء انه ما وهب ولا تصدق ولا ارتهن به منه رهنا ولا استحال به على أحد ولا أحال به عليه احدا فلا بد ان يحلف في هذه المعاني الا أن يقول في الشرط انه مصدق في الاقتضاء وفي جميع اسباب هذه المعاملة دون يمين تلزمه فتسقط عنه اليمين ونحو ذلك لابن العطار قال اذا قام الرجل على صاحب دينه وهو غائب فوجب له قبض حقه فلا يمين عليه ان كان شرط لنفسه انه مصدق في الاقتضاء دون يمين تلزمه {تنبيه} قال ابو عبد الله محمد بن الفخار في انتقاده على ابن العطار وهذا غلط لان الغريم اذا غاب وجب على الحاكم ان يستقصي حقوقه ولو كان حاضرا ما كان يدري ما يدرأ به عن نفسه في شرط تصديق الاقتضاء اذ يقول شرطته لاجل كذا الا انك من أهله فلا بد من قطع جميع ما يتوهم وهي يمين الاستظهار من السلطان لا يجوز للحاكم اسقاطها ولا يحكم على غائب حتى يستوفي جميع حقوقه ولا يأمن ان يأتي غريم آخر يستحق مخاصمة هذا الغريم فيما أخذ أو يستحقه دونه اذ لعله قد استحال بدينه على غير غريمه ولم يشهد عليه أو قد اشهد عليه من يعلمه الغائب ولا يعلمه غرماؤه فهذا الغريم الطارئ لم يصدق الغريم الاول المحكوم له بدينه فكل من جاء من هؤلاء يقول للحاكم لم لم تستقص قبل ان تحكم فلذلك وجب في الغائب ما لم يجب في الحاضر {فرع} وفي المتيطية واختلف أيضا اذا قال العاقد في شرط التصديق بعد ان عرف باختلاف أهل العلم في وجوب اليمين وسقوطها فأخذ بقول من يرى منهم سقوطها هل ينفع ذلك رب الدين ويخرج به من الخلاف فقيل ينفعه وتسقط عنه اليمين وقيل لا بد من

اليمين

بوجه فان احاله بثمن ما باعه ثم رد المبيع بعيب أو استحقاق فان الحوالة تنفسخ عند أشهب واختار ذلك الائمة ولا ينفسخ عند ابن القاسم ومضى ويرجع المشتري على البائع بناء على انها معروف أو كالبيع {وسئل} ابن رشد عن رجل باع حصة له من كرم واحال عليه بالثمن فاثبت رجل انه ابتاع الحصة من المحيل قبل بيعه واستحق الحصة وفسخ البيع {فقال} اذا كان الامر على ما وصفت فتنقض الاحالة ويرجع المحال بدينه على الذي أحاله ولا يكون له قبل المحال عليه شئ لسقوط الثمن عنه باستحقاق الحصة وهذه المسئلة عندي خارجة من الاختلاف لكون الاستحقاق فيها من جهة المحيل بخلاف اذا لم يكن من جهته واذا أحاله على من لا دين له عليه ورضي بذلك المحال عليه فذهب ابن القاسم انها حمالة وليست بحوالة وله الرجوع على المحيل ومذهب ابن الماجشون انها حوالة صحيحة وان علم انه لا دين له على المحال عليه فان اشترط انه بري من مطالبته فيبرأ من ذلك على مذهب ابن القاسم وغيره ولا يرجع المحال على المحيل بوجه قال ابن حارث وعلى ذلك ينبني الخلاف في الذي تحمل عن ابنه الصداق بعد عقد النكاح فيبطل على مذهب ابن القاسم ان مات أو فلس وعلى مذهب ابن الماجشون فلا يبطل {وسئل} ابن زرب عن البراءة تدفع في قطائع الحشم الى رجل ليدفعها الى من بيده البراءة فيدعي الدافع الدفع وينكره صاحبه {فقال} اذا وجد الذي بيده البراءة الى الذي يقطع اليه بها فوجدت البراءة بيد المقطوع اليه قد دفعها صاحبها أو وكيله أو رسوله ليدفع ما فيها فالقول قول الذي وجد بيده البراءة مع يمينه وهي بمنزلة الرهن وان كانت البراءة قد دفعها الحاكم الى غير الذي هي له مثل الشرط ليوصلها الى المقطوع اليه مثل البوابين والوكلاء ليدفعوها الى رجل

إسمه في البراءة فادعى الدافع انه دفعها الى الرجل الذي اسمه في البراءة والذي هي بيده معترف انه لم يدفعها اليه الذي أخذ ما فيها وانما دفعها الشرطي فيلزم الدافع ان يقيم البينة بالدفع والا فالغرم عليه بعد يمين صاحب البراءة وانه ما وصل اليه شئ ولا دفع اليه شيأ ويأخذ حقه من الذي زعم انه دفع الا أن يقيم البينة على الدفع كما تقدم

اليمين وليس للازم أن يتخير على الحاكم ويحكم لنفسه بقول قائل من اهل العلم بل يحكم الحاكم بما ظهر له قال ولو زاد العاقد بعد قوله فاخذ بقول من يرى منهم سقوطها ثقة برب الدين وأمانته لسقطت اليمين بلا خلاف في ذلك والله اعلم ﴿مسئلة﴾ قال ابن العطار ولا يجوز في القرض اشتراط اسقاط اليمين لانه يدخله سلف جر منفعة قال ابن الفخار وصدق رحمه الله قال ابن العطار وان طاع له المتسلف بعد عقد السلف باسقاط اليمين في دعوى القضاء لزمه التصديق حينئذ وصح السلف ﴿تنبيه﴾ قال ابن الفخار وهذا غلط لانه بعد عقد السلف هدية المديان وان كان يجوز في عقد صفقة البيع كالرهن الذي يجوز اشتراط الانتفاع به في عقد البيع يريد لانه بيع واجارة ولا يجوز للراهن ان يتطوع به بعد العقد وان يبيح للمرتهن الانتفاع بالرهن اذ هو من هدية المديان ولم يختلف فيه قولهم انه مكروه بعد عقد البيع فكذلك اسقاط اليمين بعد عقد السلف اذ هو هدية المديان ﴿مسئلة﴾ وفي وثائق ابن الهندي شرط التصديق لا يورث واليمين تلزم ورثة من كان المديان شرط له انه مصدق لان من حجة الذي عليه الحق أن يقول انما التزمت تصديق المتوفى لعلمي بدينه وثقتي بصدقه فاذا ادعى انه قضى ورثته بعده لزمتهم اليمين ﴿مسئلة﴾ قال ابن العطار فان كان الغريم المفلس صدق غرماءه في الاقتضاء وقاموا بتفليسه واقتسموا ماله بحكم السلطان انتفعوا بالتصديق ولم يحلفوا ﴿تنبيه﴾ قال ابن الفخار وهذا أيضا غلط ولا يجوز للسلطان ان يقضي لهم الا بعد ايمانهم اذ قد يطرأ من تجب له محاصتهم أو يستحق ذلك دونهم كما تقدم قبل هذا ﴿مسئلة﴾ واذا شرط الرجل لزوجته أن القول قولها في المغيب عنها وانها مصدقة في انقضاء الاجل المضروب في ذلك فانه يسقط عنها بهذا التصديق مؤنة اثبات المغيب عند الحاكم وانما عليها ان تثبت الزوجية عنده والشرط ثم يأمرها بالحلف في بيتها ان كان ذلك في شرطها أو في أقرب الجوامع اليها ان لم تشترط اليمين في بيتها فان كانت ممن تخرج نهارا أخرجت وحلفت والا حلفت ليلا ثم يبيح لها تطليق نفسها ﴿تنبيه﴾ واليمين في ذلك ان تحلف بالله تعالى انه قد غاب عنها أكثر مما شرطه لها وأنه لم يقدم اليها سرا ولا جهرا ولا أسقطت عنه شرطها ولا كان سكوتها وتلومها تركا منها لشرطها قال ابن العطار وتحلف على ذلك في بيتها ان كان في شرطها انها تحلف في بيتها في المنقضي من اجلها وانتقد ذلك ابن الفخار وقال كيف تحلف في بيتها في جميع ذلك وانما شرط لها ان تحلف في بيتها في المنقضي من اجلها ثم تخرج الى الجامع وحلفت في سائر ذلك ﴿فرع﴾ اذا شرط الزوج لزوجته انها مصدقة في دعوى اضراره بها دون يمين تلزمها فذلك لها فاذا شكت اضراره بها وثبت الشرط طلقت نفسها دون يمين وقال ابو القاسم الجزيري في وثائقه اذا طاع بتصديقها في الضرر لزمه ويكره عقده فان قيده بيمينها فيه حلفت حيث تجب الا ان يقول فيه دون يمين ما لم تمكنه من نفسها فان تلذذ منها بشئ سقط شرطها وان ادعى التلذذ وأنكرته حلفت ولها رد اليمين ﴿تنبيه﴾ قال أبو عبد الله بن العطار وانما يجوز للمرتهن بيع

﴿الاكرية في الدور والأرضين وغيرهما وأنواع الاجارات والجعل﴾

الكراء في الدور وغيرهما من الرباع جائز لمدة معلومة بكراء معلوم (ويكتب في ذلك عقد) اكترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا بحقوقها ومرافقها وكافة مرافقها اكتراء صحيحا لمدة من عام كامل من الآن أوله كذا بكراء مبلغه في العام المذكور كذا يندفع في آخره أو بطوله ونزل المكتري في مكتراه لاستيفاء منفعته على معرفة وبصر وشهد عليهما بذلك في كذا ﴿بيان﴾ هذا الكراء لمدة لازم لهما ليس لواحد منهما حله ولا الخروج عنه الا برضا الآخر الى تمام المدة كالبيع سواء ويجوز في الرباع كلها عقد الكراء فيه مشاهرة أو مسانهة على غير الوجه الاول (ويكتب فيه ما نصه) اكترى فلان من فلان الدار بكذا أو الحانوت بكذا بحقوقها ومنافعها من الآن مشاهرة أو مسانهة كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا يدفع واجب كل شهر في آخره أو كل سنة بطولها أو في آخرها ونزل المكتري في مكتراه وتبنى على ما تقدم * ولكل واحد منهما حل هذا الكراء متى شاء ما لم يعين مدة معلومة ويؤدي المكتري عما سكن بحسابه واختلف في الشهر الاول أو السنة الاولى هل يلزم فيها هذا أم لا على قولين أحدهما انه لا يلزم اذا لم يقع ذكر الشهر على معين وهي رواية ابن القاسم عن مالك والثاني انه يلزم وهي رواية مطرف وابن الماجشون عنه فان قدم المكتري في هذا شيأ من

الرهن اذا كان فى وثيقة الدين تصديق صاحبه فى اقتضاء دينه دون يمين وكان مع ذلك مأمونا فان لم يكن شرط التصديق أو شرطه وهو مع ذلك غير مأمون فلا يجوز له بيع الرهن لانه لا يصل الى ذلك الا بعد يمين وحكم وقال الشيخ أبو الوليد محمد بن عبد الله يجوز بيعه دون الحاكم اذا أصاب وجه البيع سواء كان فى الوثيقة شرط التصديق أو لم يكن ﴿مسئلة﴾ اذا شرط المسلم اليه ان المسلم مصدق فى اقتضاء السلم دون يمين لم ينتفع بذلك المسلم فى الدعاوى فى تلك المعاملة ان زعم المسلم اليه انه اقاله أو انظره بالسلم بعد حلوله أو غير ذلك من الدعاوى الموجبة لليمين فان قال انه مصدق فى الاقتضاء أو فى جميع اسباب السلم دون يمين نفعه ذلك قال الباجى فى وثائقه والاحسن فى ذلك ان يذكر ان التصديق على الطوع لانك اذا ذكرت ان التصديق انعقد فى أصل السلم كان فيه اختلاف بين أهل العلم فقيل يلزمه الشرط وقيل لا يلزمه فان لم يذكر فى العقد ان ذلك كان على الطوع فلا تغفل ان تقول بعد ان عرف باختلاف أهل العلم فى ذلك فالزم نفسه قول من يرى سقوطها ثقة منه بالمسلم ورضى بدينه وأمانته وقد ذكر هذا أحمد بن سعيد ابن المنذر وقواه وضعفه أحمد بن محمد بن العطار وقال هذا ليس بشئ لان المسلم اليه ليس له ان يختار قول عالم على عالم وانما ذلك الى الحاكم يختار من ذلك ما رآه قال ابن بشير فى نوازل الاحكام والصواب ما ذكره لانه قد قضى على نفسه بشئ لزمه وجاز للحاكم ان يحكم عليه بما حكم به على نفسه وقد تقدم بعض هذا ﴿فرع﴾ قال الباجى فى وثائقه وخاطبت احمد بن عبد الملك وسألته عن اشتراط التصديق فى عقد السلف وعن وقوعه بعد العقد على الطوع هل هما سواء فى اختلاف اهل العلم فى ذلك ام ليس فى ذكره على الطوع اختلاف وانه جائز فكتب الى ان الاختلاف المذكور يدخل فى شرط التصديق فى عقد السلف وفى الطوع به وقال لى احمد بن عبد الله وانما الاختلاف اذا وقع ذلك فى أصل العقد وأما اذا وقع على الطوع فلا اختلاف فيه ﴿تنبيه﴾ والذى ينفع من التصديق ان يقول يصدق بلا يمين فلو قال يصدق ولم يقل بلا يمين ففيه اختلاف من قول مالك رضى الله تعالى عنه مرة قال يصدق ويحلف وقال مرة يصدق ولا يحلف وقال سحنون لم يصدق اذا احلفه ﴿مسئلة﴾ وان ذهب الموصى الى ان يكون الوصى مصدقا فى تنفيذ الوصية بلا بينة يقيمها على التنفيذ فله شرطه اذا كان الوصى ثقة مأمونا مشهورا بالصلاح قال ابن الهندى الا ان يكون الوصى من الورثة فان ذلك لا ينفعه ولا ينفذ فيه شرطه وعليه البينة أو يحضر التنفيذ جميع من يرث معه أو يقرون له بذلك فيبرأ ﴿مسئلة﴾ لو اشترى رجل أمة من سيدها ثم بعد تمام العقد وانبرامه قال المشترى للبائع أغليتها على وما احسبنى اتخلص فيها فقال له البائع بع ولا نقصان عليك ولا خسران وأنت مصدق فيما تزعم انك بعتها به دون يمين تلزمك فذلك جائز لازم للبائع ﴿تنبيه﴾ وهذا الالتزام من البائع بعد العقد لازم له بخلاف ما لو كان ذلك فى أصل العقد فانه عقد فاسد انظر المتيطية ﴿مسئلة﴾ اذا اشترط أنه مصدق فى اقتضاء السلف دون يمين ثم

واجبة لازم من المدة باتفاق وكذلك ان شرط صاحب الدار انه ان سكن يوما من الشهر فباقيه لازم أو كان العرف بذلك فيكون كما شرط واذا لم يعينا أول مدة الكراء فيكون من حين العقد والا فمن حين التعيين واذا لم يكن فى العقد انه نزل فى الدار او انقضت المدة فادعى المكترى انه لم يقبض الدار ولا تمكن من سكناها فيكون القول قوله ان لم تكن له بينة ويحلف ولا يلزمه شئ من الكراء الا ان يثبت انه نزل فيها وروى ابن الماجشون فى الدار والحمام والرحا وشبه ذلك يدعى المكترى بعد السنة انه لم ينزل فيها ولا عمرها ان القول فى ذلك قول ربها اذا ثبت الكراء وبالاول القضاء واذا انقضت المدة وتمادى المكترى على السكنى والاعتمار فى الدار وغيرها فهل يحاسب بالكراء المتقدم أو يؤخذ بكراء المثل فى ذلك قولان لابن القاسم قال عنه عيسى وكراء المثل أحب الى الا ان ينقص عن الكراء الاول فيأخذ الكراء وان زاد فيحلف صاحبها انه لم يرض بالكراء الاول ويأخذه قال ابن الماجشون ما كان من دار او حانوت أو غير ذلك مما له مفاتيح وغلق فلا يصرف ذلك الى المكترى ويسكت فانما يكون له الكراء الاول بخلاف الارض وشبهها فان كان فى الدار ثمرة واشترطها المكترى فان كانت قد بدا صلاحها فذلك جائز قليلة كانت أو كثيرة وان لم يبد صلاحها فان كانت قيمتها بعد اخراج سقيها وعلاجها ثلث كراء المدة فاقل وكانت تطيب قبل تمام المدة جاز اشتراطها والا فلا وان كانت تطيب بعد تمام المدة فلا يجوز اشتراطها ولا يجوز أيضا اشتراط البعض منها قليلة كانت أو كثيرة عند ابن القاسم كما لا يجوز اشتراط بعض حلية السيف وان كانت تبعا لانه من الثمرة ولا يرتفع الضرر باشتراط بعضها ويصير قاصد الشرائها واجاز ذلك أشهب فى الثمرة وحلية السيف قال واذا جاز له

اشتراط المكنى فالبعض أولى وذكر أبو الحسن اللخمي انه ان كان الكراء لسنين وكان السواد تبعا في بعض السنين دون بعض فلا
يجوز اشتراطها وان كانت تقرب السنين بعضها في بعض تبعا فان كان في الدار برج حمام أو اجباح نحل فاراد المكترى اشتراط
ذلك فلا يجوز له ذلك وان قل كالشجر لان ذلك ليس من نفس الدار والحاصل منهما غير معلوم وذلك بخلاف
البيع لانه اشترى هنالك رقابها وهنا غلاتها ويجوز الكراء في الدار على ان يقبضها المكترى بعد عام لتاريخ الكراء وان نقد الكراء قال بعضهم فان اشترط أكثر من ذلك لم يجز وقال ابن حبيب يجوز ذلك الى سنين وان نقد الكراء وللمكترى ان يضع في الدار ما شاء من ادخال الدواب ونصب التنور وغير ذلك الا أن يكون لا يحتمل ذلك أو يشترط ذلك عليه صاحبها فلا يكون له فعله فان فعل ذلك فتولد منه شيء ضمن وكذلك له ان يسكن معه من شاء وان يكريها ممن أحب ما لم يكن في ذلك مضرة واضحة وعلى ربها اصلاح ما يحدث فيها من هدم وشبهه وتنقية سقفها ونحو ذلك واختلف قول ابن القاسم في كنس المرحاض فمرة قال هو على رب الدار ومرة قال هو على المكترى قال بعضهم يحتمل ان لا يكون قوله خلافا فيكون قوله على رب الدار فيما يكون فيها قبل الكراء فانه لا خلاف ان ذلك على صاحب الدار وقوله على المكترى فيما يكون فيها مدة الكراء وقال مطرف وابن الماجشون يحملان في ذلك على سنة البلد

ويجوز الاقالة في الكراء ما لم ينقد الكراء فان نقد وجب البعض من المدة وبقي البعض فيجوز فيما لم ينقد دون ما نقد وان نقد وجب المدة كلها او سكن بعضها فلا تجوز الاقالة عند مالك قال ابن القاسم وذلك كسلع باعها فأقال من بعضها وقال ابن حبيب ذلك كراء وسلف قال ولا تجوز أيضا بدين لانه دين بدين فان نقد بعض الكراء ولم يعين انه

ادعى انه رهنه به رهنا فان اليمين تجب في ذلك حتى وان اشترط في تصديقه بأي وجه ادعى به عليه فلا بد من اليمين في دعوى الرهن أو الاحالة قال ابن عبد الغفور وقاله بعض الشيوخ المفتين وقد تقدمت أول الباب من الطرر لابن عات (مسئلة) وفي المتيطية واذا اشترط المستعير انه مصدق في تلف ما يغاب عليه أو اشترط انه مصدق في تلف ما لا يغاب عليه فقال ابن القاسم وأشهب له شرطه ولا شيء عليه (مسئلة) وفي المتيطية واذا لم يشترط السيد في الكتابة التصديق في الاقتضاء دون يمين تلزمه وادعى المكاتب الاداء اليه وانكره السيد فان اليمين تجب على السيد في ذلك وله ردها على المكاتب وكذلك ان لم يشترط عليه انه مصدق في جميع أسباب هذه الكتابة وادعى السيد انه قد حل نجم وأكذبه المكاتب يصدق المكاتب وباشتراط التصديق يكون القول في ذلك كله قول السيد بغير يمين وقال أشهب بيمين (مسئلة) وفي أحكام ابن سهل في مريض أقر لرجل بمائتي مثقال وعهد ان يصدق فيها دون يمين تلزمه وان تدفع اليه بلا يمين فافتى فيها ابن القطان بسقوط اليمين واستدل على ذلك بما وقع في سماع ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنه في الرجل يوصي بدين عليه فيقول كنت أداين فلانا وفلانا فما ادعوا قبلي فهم مصدقون أن ذلك لهم بلا يمين على ما ادعوا قال ومسئلة الاقرار أقوى في سقوط اليمين من مسئلة السماع لان المقر في مرضه قد حد الدين فيها ولم يحد الدين في المسئلة التي وقعت في السماع وأفتى فيها أبو عبد الله بن عتاب بلزوم اليمين وقال ان المال صار لغير الميت وانتقل لوارثه فالحق لهم واليمين لازمة قال وقد اختلف قول مالك في شرط التصديق في الذي يلزم نفسه التصديق فله في ذلك أقوال منها ان الشرط ساقط فاذا قال مالك رضي الله تعالى عنه بسقوطه في حق الذي يوجبه على نفسه وهو بالحياة فهو أولى بالسقوط فيمن يريد ان يلزمه ورثته ومسئلة ابن القاسم المتقدمة يحتمل ان تكون من غير هذا الاصل وان يكون الميت كانت بينه وبين من أوصى بتصديقه ملابسة على ان لا يقف على مبلغها وأراد التخلص منها بتصديقهم فيها وهذا اصل آخر اختلف فيه أصحاب مالك فاعلمه قال وبهذه الرواية الاخيرة جرى العمل عندنا قال ابن سهل وكان من طريق الانصاف ان يذكر ابن القطان ما في المسئلة من الرواية الثانية الا ان لا يكون له بها علم فيعذر ونقل القاضي ابن زرب الحكم في المسئلة بما أفتى به ابن عتاب وكتب بالمسئلة ابن سهل الى احمد بن رشيق فقيه المرية فأفتى بأن لا يمين على المقر له اذا لم يكن ثم تهمة في اقرار المقر ولا صحت عليه ريبة (مسئلة) وسئل مالك رضي الله تعالى عنه عمن أوصى في مرضه ان لفلان أربعين دينارا وأوصى مع ذلك انه مصدق فيما قال فادعى الرجل ان له عليه خمسين دينارا قال أرى ان يحلف ويأخذ خمسين وبهذه ومثلها استدل ابن عتاب في المسئلة المتقدمة (مسئلة) وفي سماع أصبغ قيل لابن القاسم فان أوصى فقال قد كانت بيني وبين فلان معاملة فما ادعى من شيء فأعطوه وهو فيه مصدق فقال ان ادعى ما يشبه معاملة مثله لمثله اعطيه واحسبه رواه عن مالك قال ابن القاسم

ويكون ذلك من رأس المال وليس كل الناس فى قلة المال وكثرته سواء قال وان ادعى مالا يشبه بطل ذلك ولم يكن فى رأس المال ولا فى الثلث قال أصبغ يريد انما تبطل الزيادة على مايشبه ولا يبطل الجميع بل يعطى مايشبه ممالا يتبين فيه كذبه ويحمل ذلك يعنى الاشبه محمل الشهادة له وعليه ﴿مسئلة﴾ وفى سماع عيسى فى كتاب الشهادات عن ابن القاسم فيمن حضره الموت فقال ماشهد به ابنى على من دين أو ابنتى فهو مصدق من دينار الى مائة أولم يوقت عددا ثم مات فشهدا بشئ ذلك لقوم بديون وشهدا أيضا لبعض الورثة بدين فقال لا يثبت ذلك عندى الا بيمين وان كان عدلا ومذهبه عندى مذهب القضاء يعنى حكم هذه المسئلة حكم قضاء الدين عن الميت لابد فيه من يمين القضاء قال وان لم يكن عدلا أو نكل المشهود له عن اليمين لزم الشاهد من ذلك قدر ميراثه وان كان سفيها لم يجز اقراره فى ميراثه ولم يحلف طالب الحق ﴿مسئلة﴾ وفى كتاب ابن حبيب قلت لاصبغ من قال عند موته على ديون وفلان مولاى أو ابنى يعلم امرأهلها فمن بينا ان له على شيأ فأعطوه فانه كان عند ناس من قول ابن القاسم انه كالشاهد ان كان عدلا حلف معه المدعى وأخذ ما قال قال أصبغ ما هذا بشئ ولا أعرفه من قوله ولكن يصدق من جعل الميت التصديق اليه كان عدلا أو غير عدل كقول مالك فيمن قال وصيتى عند فلان فما أخرج فانفذوه ان ذلك نافذ وما استثنى مالك عدلا من غير عدل وذلك سواء مالم يسم من يتهم عليه تهمة بينة من اقاربه ممن هو كنفسه قال فضل بن سلمة كانه يقول لو لم يقل فما اخرج منها فأنفذوه ولكن قال وصيتى عند فلان وسكت فانه لا يكون شيأ حتى يقول فانفذوا ما فيها وفى المسئلة طول وبحث مع أصبغ ذكره ابن سهل حاصله انه لابد من اعتبار العدالة فيمن اسند الميت اليه ذلك وذكره فى العتبية عن مالك رضى الله تعالى عنه ﴿مسئلة﴾ وفى الاول من وصايا النوادر قال يحيى بن يحيى قال ابن القاسم ولو قال كنت اعامل فلانا وفلانا فما ادعوا فصدقوهما قال فليعطوا ما ادعوا بلا يمين ﴿مسئلة﴾ وفى مختصر الواضحة قال أصبغ ولو اوصى فقال من ادعى على دينا فأحلفوه عليه واقضوه بغير بينة أو قال اقضوه اياه بغير بينة ولا يمين ولو لم يوقت للدين وقتا فأرى ذلك جائزا فى ثلثه ولا أرى ذلك يجوز فى ثلثى الورثة وأراه كالوصية وأما الذى وقت الدين وسماه فهو كرجل أقر بدين وسماه الا انه لم يعرف صاحبه ولا أصله فقال من جاء يدعيه فاقضوه اياه فذلك من رأس المال واذا اجتمع عليه اثنان أو جماعة كل واحد يدعيه لنفسه تحاصوا فيه ﴿مسئلة﴾ قال ابن حبيب قال أصبغ عن ابن وهب فى رجل أوصى ان ما ادعى بنو فلان قبلى فاعطوهم اياه وما أقروا به لى قبلهم فلا تأخذوا منهم غيره ولا تستحلفوا منهم أحدا فانه قد كانت بينى وبينهم أشياء وحساب فقضى ابن وهب ان يجيزوا قوله فيما بينه وبين الثلث وما زاد على الثلث كانت فيه البينات والايمان وقال مطرف وابن الماجشون مثله

﴿الباب الثلاثون فى القضاء بشهادة بعض أصحاب الحق﴾

فالقول قول صاحب الدار مع يمينه ويأخذ الكراء من المكترى وسواء كان الدفع فى أول الشهر أو فى آخره أو بعد شهرين أو ثلاثة أو فى آخر العام الحكم فى ذلك واحد وان تباعد قيامه فالقول قول المكترى الساكن مع يمينه ويبرأ الا ان يكتب فى العقد انه لا يبرأ من الكراء الا بالبيان لا بانصرام نجم ودخول آخر فلا بد من البينة والا غرم ومن اكترى دارا مشاهرة أو مسانهة فان دفع كراء شهر معين أو سنة معينة فبراءة لما قبل ذلك وان لم يعين فى العقد وقت الاداء واختلفا فيه فقال صاحب الدار فى أول الشهر وقال الساكن فى آخره حملا على عرف البلد فى الكراء فان لم يكن عرف لزمه أن يؤدى فى كل يوم بحسابه وان كان الكراء مشاهرة أو مسانهة فالقول قول المكترى فيما قد مضى الا فى الشهر الاخير والسنة الاخيرة فيكون القول قول صاحب الدار ان قام بحدثان ذلك قال ابن حبيب فان تطاول ذلك حتى حال دون ذلك نحو الشهر فى الشهور والسنة فى السنين فالمكترى مصدق مع يمينه وان كان الاختلاف فى قدر الكراء فان كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا وان كان قد سكن بعض السنة تفاسخا فى الباقى بعد التحالف وغرم من الكراء بحسب ما أقر به ان لم ينقد وان كان بعد تمام السنة ولم ينقد فالقول قول المكترى مع يمينه اذا أشبه وان كان الاختلاف فى المدة فان انتقد الكراء صدق المكرى صاحب الدار مع يمينه سكن المكترى أو لم يسكن وان لم ينقد فان كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا وان نكل أحدهما فالقول قول الآخر اذا حلف وان كان بعد السكنى بعض السنة تفاسخا فى الباقى بعد التحالف وغرم فيما مضى بحساب ما حلف عليه وان

﴿مسئلة﴾

اختلفا في انقضاء المدة فالقول قول المكتري في قدر الباقي منها مع يمينه وان اختلفا فيما في الدار من خشب وشبهه فما كان ثابتا فهو لصاحب الدار وما كان غير ثابت فهو للمكتري وان تهدم بعض الدار المكتراة خلال المدة فلا يجبر صاحبها على البناء وينظر فان كان الذي تهدم لا يضر بالمكتري ولا ينقص من كرائها فلا مقال

له وان كان ينقص يسيرا من كرائها ولا يمنع السكنى فانه يرجع بقدر ما ينقص من الكراء وليس له الرد وان كان ينقص الكثير من الكراء ويمنع السكنى فالمكتري مخير في سكناها ويحط عنه من كرائها بقدر ما ينقص وبين الخروج عنها او تركها ولا يلزمه شئ من الكراء وفي مسائل ابن الحاج من اكترى دارا فانصرمت المدة وادعى المكتري انها كانت متهدمة شهرين من المدة لم ينتفع بها او ادعى ذلك في بعض المدة بعد مضي بعضها قال فالمسألتان سواء والقول في ذلك قول رب الدار والرجاء مع يمينه الا ان يقيم المكتري البينة هذا ظاهر المدونة ولابن حبيب ان القول قول الساكن وقد قيل قول ابن حبيب ليس بخلاف لانه تكلم على سنة غير معينة وتكلم ابن القاسم في المدونة على سنة بعينها (وسئل) ابن رشد عمن اكترى دارا السنين معلومة بنجوم فمات أو فلس هل تحل النجوم عليه أم لا يحل عليه الا ما سكن (فقال) هذه المسئلة تخرج في المذهب على القولين الاصح منهما في النظر انها لا تحل بموته ولا بتفليسه اذ لا يحل عليه ما لم يقبض بعد عوضه وهو أصل ابن القاسم انه لا يرى قبض الدار للسكنى قبضا للسكنى وان كانت الدار مأمونة فيأتي على مذهبه ان الكراء لا يحل بموته وينزل الورثة فيه منزلته الا ان يقول رب الدار لا ارضى بذمتهم فيكون له ان يفسخ الكراء ويأخذ داره ويأتي على مذهبه في التفليس ان يأخذ داره ولا يكون له ان يسلمها ويحاصص الغرماء وذلك اضطراب من قوله وجريان على

(مسئلة) قال ابن سهل وفي بعض النسخ في آخر كتاب الاستحقاق من العتبية وأراها من سماع أصبغ قلت أرأيت القاضي اذا قضى بشئ للعامة كالطريق أو الخاصة أو المودة ونحوها من يشهد عليه قال عدول من العامة قلت وكيف تجوز شهادتهم ولهم في ذلك سهم قال هذا ما لا بد منه لانه لا يوجد احد ليس له منهم يشهد عليه قال لي وليس هذا سهما أيضا ولو كان سهما ما قطع من سرق في بيت المال ولا حد من زنا بجارية من المغنم وهذا مثله قال وقد قال مالك رضي الله تعالى عنه في القوم تعرض لهم اللصوص فيأخذهم القوم فيأتون بهم الامام ويشهدون انهم تعرضوا لنا وتلصصوا ان الامام يحكم فيهم بحكم المحاربين بشهادتهم قال مالك رضي الله تعالى عنه ومن يشهد عليهم الا هم وهذا مثله وفي ذلك تفصيل يأتي ان شاء الله تعالى (مسئلة) وفي المقنع في المسلوبين يشهدون ان هؤلاء سلبونا هذا المتاع وهذه الدواب وذلك بايدي اللصوص قال مطرف فشهادة عدلين منهم جائزة في القطع وفي أموالهم وأموال غيرهم ولو لم تجز في المال لم تجز في القطع وقال مالك لا يقبل بعض الشهادة ويرد بعضها وقال أصبغ قال ابن القاسم يجوز عدلان منهم في القطع وفي أموال الرفقة غير أموالهما الا ان يكون مالهما يسيرا فيجوز لهم ولغيرهم وقال أصبغ لا تجوز في القطع ولا لهما ولا لغيرهما ان كثر ما كان لهما فاذا اتهموا في بعض الشهادة سقطت كلها قال ابن الماجشون في المجموعة ويقام عليهم بشهادتهم اذا كانوا كثيرا وأقل الكثير أربعة والاربعة قول مالك قال أشهب وابن الماجشون ولا يعطوا الاموال بشهادة كل واحد لنفسه ولكن يعطون بشهادة بعضهم لبعض ولا يكونوا اظناء عما لانفسهم وان قال اللصوص ما قطعنا عليكم زالت الظنة وجازت الشهادة وان قالوا قطعنا عليكم فقد أقروا بشهادتهم ولا شهادة لهم عليهم في غير ذلك (مسئلة) وفي التهذيب قال مالك فيمن شهد على وصية له فيها شئ تافه لا يتهم فيه جازت له ولغيره اذ لا يصح بعض الشهادة ويرد بعضها وقال يحيى بن سعيد ان كان معه شاهد غيره جازت شهادته له ولغيره وان كان وحده جازت لغيره ولم تجز له وروى ابن وهب عن مالك رضي الله تعالى عنه انها لا تجوز له ولا لغيره فهذه ثلاثة أقوال (تنبيه) وعلى قول مالك رضي الله تعالى عنه الاول تجوز له بغير يمين لانه في حكم التبع والتافه ثلث الوصية وفي الطرر للطنجي قال الشيخ أبو الحسن الصغير ان كان مع الشاهد غيره وكان له فيها شئ أم لا فان الثالث الذي لم يشهد يأخذ نصيبه بلا يمين لانه يأخذه بشاهدين والشاهدان يحلف كل واحد منهما مع صاحبه ويأخذ بخلاف ما اذا كان وحده لانه تبع وغيره قد حلف وقال في موضع آخر عن الشيخ أبي الحسن أيضا قال لا يخلو حال هذا الشاهد من وجهين اما أن يشهد معه غيره أو ينفرد بالشهادة فان كان معه غيره شاهدا جازت في حق الغير بغير يمين وفي حقه بيمين وان انفرد فلا يخلو اما شهد فيه اما ان يكون كثيرا فيمتنع في حقه وفي حق الغير قولان أو يكون يسيرا ففيه ثلاثة أقوال قول مالك رضي الله تعالى عنه الاول يجوز له ولغيره وقول يحيى بن سعيد ورواية ابن وهب وقد تقدم

ذكرهما (مسئلة) وفي المقنع قال أصبغ في المستخرجة في رجلين شهدا على وصية رجل فشهد كل واحد منهما لصاحبه ان الميت أوصى له بكذا فان كان على كتاب واحد فيه ذلك لهما فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما يشهد لنفسه ولغيره وأما لو شهدا على غير كتاب مكتوب فيه الوصية فشهد أحدهما ان الميت أوصى لفلان بكذا ثم قال المشهود له بالوصية أشهد عند القاضي ان فلانا الميت أوصى لفلان بكذا يعني الذي شهد له بالوصية فهي جائزة لهما ويحلف كل واحد منهما مع شهادة الآخر (مسئلة) ولابن رشد في المقدمات على مسئلة التهذيب المتقدمة وما بعدها كلام فيه جمع وتفصيل رأيت اثباته هنا قال وأما التهمة الحاصلة في بعض الشهادة فانها تبطل جملة الشهادة على المشهور المعلوم في المذهب مثل ان يشهد رجل ان له أو لابيه ولرجل أجنبي على فلان ألف درهم من معاملة أو سلف أو ما أشبه ذلك وقد وقع في المدونة وغيرها في شهادة الشاهد يشهد ان رجلا أوصى له ولغيره بوصية مال اختلاف كثير يفتقر تحصيله الى تفصيل وتقسيم وذلك انها مسئلة تنقسم على قسمين كل قسم منهما لا يخلو من وجهين (أحد القسمين) ان يكون الموصي أشهد على وصية مكتوبة وقد أوصى فيها للشاهد بوصية (والقسم الثاني) ان يكون على لفظ بغير كتاب فيقول لفلان كذا ولفلان كذا لاحد الشهود (فاما القسم الاول) وهو ان يشهد الموصي على وصيته وقد أوصى فيها للشاهد بوصية فلا يخلو ان يكون ما سمى للشاهد فيها يسيرا أو كثيرا فان كان يسيرا ففي ذلك أربعة أقوال أحدها ان شهادة الموصى له لا تجوز لنفسه ولا لغيره لانه يتهم في اليسير كما يتهم في غير الوصية وهي رواية ابن وهب عن مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة والثاني ان شهادته تجوز لنفسه ولغيره فان كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته ان ما شهد به من الوصية حق وأخذ ماله فيها بشهادته مع أيمانهم لانه في حكم التبع لجملة الوصية وان كان معه غيره ممن أوصى له أيضا بيسير ثبتت الوصية أيضا بشهادتهما وأخذ هو ماله فيها بغير يمين وهذا قول ابن القاسم في المدونة ورواية مطرف عن مالك في الواضحة والثالث ان شهادته تجوز لغيره ولا تجوز لنفسه وان كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته واستحقوا وصاياهم ولم يكن له شئ وان كان معه غيره ممن أوصى له فيها بشئ يسير أيضا ثبتت الوصية بشهادتهما لمن سواهما واخذوا وصاياهم بغير يمين وحلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته وان كان معه من لم يوص له فيها بشئ ثبتت الوصية بشهادتهما لمن سواه وحلف مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته وهو قول ابن الماجشون في الواضحة والرابع ان شهادته تجوز له ولغيره ان كان معه شاهد غيره فتثبت الوصية بشهادتهما ويأخذ ماله فيها بغير يمين وكذلك صاحبه أيضا ان كان له فيها شئ ويأخذ ماله فيها بغير يمين وان لم يكن معه شاهد غيره فانها تجوز لغيره ولا تجوز لنفسه ويحلف غيره مع شهادته ويستحق وصيته ولا يكون له هو شئ وهو قول يحيى بن سعيد في المدونة وان كان الذي أوصى به للشاهد كثيرا فلا تجوز شهادته له ولا لغيره في المشهور من الاقوال وقيل تجوز

اولرضاوتوفى قبل أمد الكراء أهل يؤخذ من تركته (فقال) لا يصح ان يحل للمكري من تركة الميت ما بقي من الاعوام في الارض التي لا يجوز النقد فيها بحال والذي يوجبه الحكم في ذلك ان لم يرد الورثة ان يلتزموا الكراء في أموالهم أو تكري الارض لما بقي من المدة فان نقص ذلك عن الكراء الذي اكراها به الميت وقف من تركته قدر النقصان ورد الى المكري الكراء عند وجوبه عاما بعام وكذلك يجب ان يكون الحكم في الدار على الصحيح من الاقوال وهو الذي يأتي على مذهب اشهب وقد رأيت لبعض الشيوخ ان جميع الكراء يحل للمكري من تركة المكتري لانه يحل عليه بموته كالديون المؤجلة وذلك غير صحيح لانه انما يحل عليه ما قبض عوضه وما بقي من الكراء لم يقبض عوضه لانه منافع تقبض شيأ بعد شئ واذا باع صاحب الدار المكتراة بعد الكراء فاما ان يبيعها من المكتري أو من غيره فان باعها من أجنبي ولم يعلم بالكراء المشتري فهو عيب ان شاء رد المبيع به وان شاء أمسكه وان علم به فلا رد له ويكون له الكراء للبائع ولا يكون فيه حق الا ان يشترطه واذا اشترطه فان كان تدوجب الكراء أو بعضه للبائع بمضي المدة أو بعضها فلا خلاف ان ذلك لا يجوز له الا ان يكون أقل من صرف دينار ويكون الثمن ذهبا على ما تقدم في البيوع وان كان الكراء لم يجب منه شئ للبائع لانه لم يمض من المدة شئ أو اشترطه البائع فاختلف في ذلك على قولين فكان ابن رزق وغيره من الشيوخ يجيزه ويحتج بأن الكراء لم يجب للبائع بعد وانما سكن المكتري فيها على ملك المبتاع وكان البائع باع منه الدار وتبرأ اليه من العقد الذي فيها للمكتري قال ابن رشد

وهذا القول هو الاصح والاحسن فى الحجة وكان غيره يمنع ذلك وهو قول ابن القاسم فى الدمياطية انه لا يجوز وقال بعض الشيوخ ذلك للمبتاع اشترطه أو لم يشترطه وقال ابن رشد فى أولا من الشرح اختلف فيمن أكرى دارا العام ثم باعها قبل تمام العام فقيل ان البيع ينفسخ فيهما من يوم عقداه و يجب للمشترى من حينئذ و يأخذ كراء بقية العام وقيل يكون البيع فاسدا الا ان يكون استثنى البائع بقية المدة وقيل ان الدار لا تجب له الا بعد انقضاء أمد الكراء ولا شئ له فى الكراء الا ان يشترطه فيجوز فى قول ويكون البيع فاسدا فى قول وهذا اذا علم المبتاع بالكراء وأما اذا لم يعلم المبتاع بالكراء فهو عيب ان شاء ان يلتزم الدار على انه لا شئ له من الكراء وان شاء ردها وأما ان باع الدار من المكترى فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو عمران الفاسى هو فسخ لما بقى من مدة الكراء قال ابن سهل وقول أبى بكر اميل للصواب وقال ابن دحون وابن الشقاق والشارق ان ابتاعها على ان الكراء عنه محطوط لم يجز قال ابن دحون الا ان يسقط ذلك عنه بعد البيع ولم يكن فى أصل العقد فيجوز وقال الشارق وقد أجازه ابن فرج وهو خطأ لانه ابتاع الدار والكراء بالثمن الذى دفع قال ابن سهل وقول هؤلاء يدل على ان الكراء لا يفسخه الشراء فتأمل ذلك

(فصل) والكراء فى سائر الرباع من الحمامات والافران والحوانيت والارحى وغير

ذلك مثل الكراء فى الدور والعقد فيها كما تقدم فى الدور فان كان حانوتا فلابد ان تذكر فيه لما هو مكترى من الصناعات ولا يجوز الاطلاق فيه الا ان يكون فى سوق مخصوصة فيحمل على صناعة أهله وان كانت رحى فالكراء على وجهين على ان تكون طاحنة ويقيم صاحبها آلاتها وعلى ان تكون خالية و يطلقها المكترى لنفسه (ويكتب فى

شهادته لغيره ولا تجوز لنفسه على قياس اصبغ فى نوازله من كتاب الشهادات فى العبدين يشهدان بعد عتقهما ان الذى اعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار ان شهادتهما تجوز فى المائة دينار ولا تجوز فى غصب رقابهما لانهما يتهمان ان يريدا ارقاق انفسهما ولا يجوز لحر ان يرق نفسه و يقوم من قوله فى هذه المسئلة ان الشهادة اذا رد بعضها للتهمة جاز منها مالا تهمة فيه وهو خلاف المشهور المعلوم (وأما القسم الثانى) وهو ان يشهد الموصى على وصيته لفظا بغير كتاب فيقول لفلان كذا ولفلان كذا ولفلان كذا لاحد الشهود فلا يخلو أيضا من ان يكون الذى أوصى به لاحد الشهود كثيرا أو يسيرا فان كان كثيرا فلا تجوز شهادته لنفسه باتفاق وتجوز لغيره فان كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته واستحقوا وصاياهم وان كان معه غيره ممن يشهد لنفسه بيسير أيضا حلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه واستحق وصيته وأخذ من سواهما وصاياهم بشهادتهما دون يمين وان كان معه غيره ممن لم يشهد لنفسه بشئ حلف هو معه واستحق وصيته واخذ من سواه وصيته بشهادتهما دون يمين وقد يقال انه لا تجوز شهادته لنفسه باتفاق وتجوز لغيره على قول مطرف وابن الماجشون ولا تجوز على ما فى سماع أشهب من كتاب الشهادات فان لم يكن معه غيره على مذهب ابن الماجشون ومطرف وحلف الموصى لهم واستحقوا وصاياهم بايمانهم مع شهادته وان كان معه غيره ممن يشهد لنفسه حلف كل واحد منهما مع شهادة صاحبه فاستحق وصيته ان لم تكن شهادة كل واحد منهما لصاحبه فى مجلس واحد على مذهبهما فى الشهود يشهد بعضهم لبعض ان شهادتهم لا تجوز ان كانت على رجل واحد فى مجلس واحد وأخذ من سواهما وصيته بشهادتهما دون يمين ولم ينقل فى النسخة التى نقلت منها حكم اليسير فانظره فى باب الشهادات منها (مسئلة) قال سحنون فى المتكارين السفينة وقد نقدوا الكراء فعطبت قبل البلاغ وانكر قبض الكراء قال شهادة بعضهم جائزة ويرجعون عليه ثم رجع فقال لا تجوز اذ ليست بموضع ضرورة وقد كانوا يجدون من يشهد سواهم اذا ارادوا ان ينقدوه الكراء (مسئلة) وفى المقنع ان شهد شاهدان على وصيتين مختلفتين ولهما فى واحدة منهما شئ ان كان يسيرا جازت والا لم تجز فيهما جميعا (مسئلة) قال ابن نافع عن مالك واذا اشهد على وصية له فيها شئ ولغيره ومعينين ليس له فيها شئ فان كان ما للشاهد فيها تافها لا يتهم فيه جازت له ولغيره ولا يمين له مع الشاهد الآخر وان كان شيأ له بال لم تجز له ولا لغيره وقد كنت لا أرى ان تجوز فى قليل ولا كثير ثم رأيت هذا (مسئلة) قال عنه ابن القاسم فيمن أوصى فى مرضه الى امرأته والى ثلاثة نفر احدهم غائب وقد أوصى لهم فيها شئ ولا يشهد عليها غيرهم فيشهد الحاضران على ذلك قال ان كان ما أوصى لهما به يسيرا لا يتهمان فيه جازت شهادتهما قال سحنون لا أعرف هذا ولا تجوز شهادتهما بحال لانهما يتهمان على ما يليان لليتامى (مسئلة) وقال ابن المواز فى كتابه عن مالك فى شاهدين أوصى رجل اليهما واشهدهما فى ثلثه ان ثلث ماله ثلثه للمساكين وثلثه لفلان وثلثه لهما

قال هذا يسير وتجوز لهما ولغيرهما ولو كان شئ له بال لم تجز لهما ولا لغيرهما وقد قيل لا تجوز أصلا قال ام كثر وبهذا أخذ ابن عبد الحكم ﴿مسئلة﴾ وفي المجموعة عن المغيرة فيمن افترى على جماعة من الناس هل تجوز شهادة أحد منهم في ذلك لمن قام به وكيف ان قال الشهود نحن لا نطلبه فقال ان كان قاله لجماعة عظيمة مثل اهل مصر أو الشام أو أهل مكة جازت شهادة من شهد منهم لبعد الحمية والتعصب من هذا وان قاله لبطن أو فخذ مثل زهرة ومخزوم أو جيرانه وجيرانه غير كثير فلا تجوز شهادة بعضهم فيه ممن عني بالقول للتهمة ﴿مسئلة﴾ واجاز سحنون شهادة من شهد على رجل انه قطع من طريق العامة وان كان هو طريقه الذي يمر فيه اذا لم يكن هو الخصومة بذلك ﴿مسئلة﴾ قال عيسى في المستخرجة فيمن احتضر وورثته أخواه وابنته واخواه شاهدان في حق له فقال لهما اتركا منه موروثكما أو يتركه أحد كما فتجوز شهادته فيه ففعلا أو فعل قال لا تجوز شهادته ﴿مسئلة﴾ وفي المستخرجة عن اصبغ فيمن تركه ابنته واخواه فترك ميراثهما منه قبل موته فلما مات وجدت الابنة ذكر حق له بشهادتهما قال هي جائزة اذ لا يجران الى أنفسهما شيأ ﴿مسئلة﴾ ومن أوصى له بعبد مبدأ وبوصايا بالقوم فشهد الموصى لهم ان الموصى له بالعبد مات قبل الموصي جازت شهادتهم اذ لا نفع لهم بها لان الورثة يقومون مقام المبدا وليس للموصى لهم شئ مما بدئ به المشهود له بالعبد ﴿مسئلة﴾ وقال عيسى فيمن احتضر فقال ما شهد علي به ابي من دين أو شئ فهو مصدق الى مائة دينار ولم يوقت وقتا ثم مات فشهد فيه لقوم بديون وشهد لبعض الورثة بدين فلا يثبت الا بيمين ان كان الشاهد عدلا كالقضاء وان لم يكن عدلا أو نكل المشهود له عن اليمين لزم الشاهد قدر ميراثه من هذا الدين وان كان سفيها لم يجز اقراره في ميراثه قال مالك ولم يحلف الطالب ﴿مسئلة﴾ قال المغيرة في التي ماتت وليس لها وارث الا بنات فشهد أخوها وزوجها انها حنثت في رقيق لها فلا تجوز شهادتهما ويعتق عليهما حظوظهما من الرقيق ولا يقوم عليهما ما بقي وفي المقنع لابن بطال كثير من مسائل هذا الباب

﴿الباب الحادي والثلاثون في القضاء بالشهادات المختلفة﴾

وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب وكان ابن القاسم يقول في أربعة نفر شهدوا على رجل أنه تكلم بكلمة واحدة في مجلس واحد لم يلفظ بغيرها فقال الاثنان منهم نشهد أنه قال ان امرأتي طالق وقال الآخران بل انما قال غلامي حر أو قال الاثنان منهم نشهد انه قال امرأتي فلانة المسلمة طالق لم يلفظ بغيرها وقال الآخران لا بل قال امرأتي النصرانية طالق أو شهد الاثنان بطلاق الحرة والآخران بطلاق الامة أو قال الاثنان انما اعتق غلامه ميمونا وقال الآخران بل مرزوقا فانه لا شئ عليه في هذا كله اذا كان منكرا لان الشهادة قد اختلفت واكذب بعضهم بعضا وأما مطرف وابن الماجشون فقالا شهادة الفريقين من الشهود جائزة اذا كانوا عدولا لان كلا شهد بغير ما شهد به الفريق الآخر

ومطاحنها وآلتها كلها وسدها وقنواتها وافنيتها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة عنها اكتراء صحيحا المدة من كذا بكذا أو ... دينارا في الشهر أو كذا ربعا من الدقيق أو الطعام في الشهر يندفع في كذا ونزل المكترى فيها طاحنة كاملة الآلات يستوفي مدة كرائه ولرب الرحا أن يطحن فيها كذا وكذا ربعا من القمح في كل شهر بطول مدة الكراء وشهد عليهما بذلك في كذا (ويكتب فيها على الوجه الثاني) عقدا كترى فلان من فلان جميع بدت الارحى الخالية دون آلات ولا مطاحن بموضع كذا بما له من الحقوق والحرم والمنافع والقنوات والسد والافنية وغير ذلك من المنافع الداخلة فيه والخارجة عنه اكتراء صحيحا المدة من كذا بكذا وكذا يندفع في كذا ونزل المكترى في مكتراه ليقيم مطاحنه وما يحتاج اليه من الآلات من ماله فاذا تمت المدة أخذ متاعه وترك البيت على ما كان عليه وبعد ان رآه وعلم باحواله كلها فرضيه وشهد عليهما بذلك في كذا ﴿بيان﴾ فان كانت لرب الرحا فيها مطاحن وآلات فله ان يزيلها أو يبيعها من المكترى بثمن معلوم معجل أو مؤخر والكراء مع البيع في صفقة واحدة جائز ولا يجوز ان يكريها بمطاحنها وآلاتها على انه اذا انقضت الوجيبة ترك مثلها ويفسخ ذلك ان وقع وكذلك ان قال ما نقص في آخر المدة ولا يجوز النقد فيها بشرط ان كانت لا يؤمن قطع مائها وانخرام سدها ويجوز بطوع فان كانت مأمونة جاز ويجوز اكتراؤها بالطعام والدقيق وكذلك معاصير الزيتون بالزيت وغير ذلك من الطعام والعروض والملاحة أيضا تجوز قبالتها بالملح لانه لا يخرج منها وانما يتولد فيها بصناعة بخلاف الثمرة ذكر ذلك في العتبية فهذه

فهذه شهادة وهذه شهادة بقامان عليه جميعا وهكذا سمعنا مالكا يقول وجميع أصحابنا وهو الذي عليه حكم حكامنا وقول علمائنا لا نعلم خلافه قال عبد الملك وبه نقول {فرع} قال عبد الملك قال لى مطرف ولو شهد هؤلاء الاربعة عليه بلفظة واحدة فى مجلس واحد فشهد اثنان انه قال امرأته طالق ثلاثا وقال الآخران بل انما قال امرأته طالق واحدة أخذ بقوله الذين شهدوا على الثلاث ولا يلتفت الى خلافهم اذا كانا عدلين {فرع} وكذلك لو شهدوا انه أقر لرجل بمائة وقال الآخران بل انما أقر بخمسين قضى بشهادة الذين شهدوا على الاكثر وقاله ابن القاسم وأصبغ وقال ابن الماجشون يؤخذ بالذى اجتمعوا عليه من عدد الطلاق أو عدد الدنانير ثم أحلف المشهود عليه فيما زاد انه باطل بمنزلة ما لو شهد بذلك شاهد لانهم قد تكاذبوا فيما ناف على ما اجتمعوا عليه ولا يشبه هذا الاول لان هذا أمر واحد اختلفوا فيه ولو زعم الشاهد ان الآخران انه صمت ولم يتكلم فى هذه المسئلة لم يلتفت اليهما قال عبد الملك وقول أصبغ وابن القاسم أحب الى وبه أقول {مسئلة} وقال لى مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى شهود شهدوا ان كتابا فيه حكم قرئ على القاضى فجوّزه واشهد على تجويزه وشهد آخرون انه قرئ عليه ولم يسمع له تجويز أو قالوا لم يجوزه أصلا فانه يؤخذ بقول الذين شهدوا ان ذلك تم ولا يلتفت الى قول الآخرين الذين قالوا لم يتم أصلا أو لم نسمع له اتماما كانوا فى محضر واحد أو فى غير محضر واحد تكافؤا فى العدالة أو لم يتكافؤا فيها بعد ان يكون الذين شهدوا على التمام عدولا وكذا لو كان الذى شهدوا فيه صلحا أو بيعا فشهد بعضهم انه تم وشهد آخرون انه لم يتم هو على ما فسرت لك {مسئلة} قال مطرف وابن الماجشون ولو شهد شاهد على رجل انه طلق امرأته البتة وشهد آخر انه طلقها ثلاثا تمت الشهادة ولم تكن من باب شهادة الابداد لانهما اجتمعا على التحريم بمنزلة ما لو شهد شاهد على رجل انه سكر من خمر وشهد آخر انه سكر من سكركة تمت الشهادة ووجب الحد لانهما اجتمعا على السكر وفيه الحد وقال اصبغ مثله وكذا لو شهد احدهما انه قال هى حرام وشهد آخر انه قال هى البتة أو شهد أحدهما انه قال هى خلية وشهد الآخر انه قال هى بائن فشهادتهما فى هذا كله تامة لان معناها على البتات وان اختلف اللفظ وكذلك قال ابن القاسم {مسئلة} قال عبد الملك واذا اختلف فى الشهادة على الرائحة توجد فى الرجل فقال بعضهم هى رائحة مسكر وقال بعضهم ليست برائحة مسكر فانه اذا اجتمع عدلان على انها رائحة مسكر أخذ بشهادتهما ولم يلتفت الى الآخرين وان كانوا عدولا {مسئلة} وقال ابن الماجشون فى القوم يشهدون على الرجل بالزنا ويتفقون فى شهادتهم على الرؤية غير انهم اختلفوا فى الايام والمواطن ان شهادتهم تامة لانهم اختلفوا فيما لو سكتوا عنه كانت تامة ولم يكن على الحاكم ان يقول لهم فى أى موضع كان ولا فى اى يوم فلذلك لا يضر شهادتهم اختلافهم فيها قال ابن عبد الحكم وأصبغ أخبرنا ابن القاسم ان مالكا كان يسقط الشهادة فى الزنا والسرقة اذا اختلفوا فى

وقد غمز ذلك بعض الشيوخ وعللوا ذلك بأنه مزابنة وفى كتاب الاستغناء تجوز مبالة الملاحة بكل ما يؤكل ويشرب لانها ماء ولا بأس بالماء واحد باثنين وقيل لا يجوز وان كانت ماء لان الماء بذاته طعام قال ابن رشد مبالة الملاحة بجميع مدة الملح من العام بالدنانير والدراهم والعروض نقدا والى أجل جائز لا اعتراض فيه وأما كراؤها بذلك الاشهر معلومة فاجازها سحنون فى العتبية وفيه اعتراض لان الملح قد يقل ويكثر كالمقتات وفرق بينهما سحنون فان نبات المقتات لا عمل فيه والملح يتولد بعمل المكترى وجلب الماء الى الاحواض ومعالجته وهو فرق له وجه وأما استئجارها بالجزء مما يخرج منها مثل ان يكون للعامل ثلث فائدة فقد أجازه سحنون فى العتبية وفيه اعتراض لانه كراء بثمن مجهول ولو عقد المعاملة فيها على الشركة لوجب ان يجوز كما لو تزارعا على ان يجعل لاحدهما الارض والبذر والآخر العمل لكانت مزارعة جائزة فانما فسدت مسئلة سحنون من حيث اللفظ فلو تعاملا فيها بلفظ يحتمل الوجهين لخرج جوازه على قولين وقد روى زياد عن مالك انه قال اكره ان يعطى الرجل ملاحته على النصف أو الثلث أو بعض ما يخرج منها ولابن العطار فى وثائقه ان ذلك جائز (وله فى ذلك عقد) دفع فلان الى فلان الملاحة المعلومة بموضع كذا ليقيم احواضها وسواقيها ويجلب الماء اليها ويقوم بجميع مؤنها حتى تملح ويستخرج جميع ملحها ويضعه فى فنائها ويكون ذلك بينهما للعامل الثلث ولصاحبها الثلثان لعام كذا بعد معرفتهما بقدر ما تعاقدا عليه وشهد عليهما بذلك فى كذا * واذا تهدم الفرن والحمام أو الرحى أو انقطع الماء أو طرأ فيها ما يمنع العمارة فلا يجبر ربها على اصلاحه ومتى أصلحه فى اثناء المدة فيلزم المكترى المقام عليه ويحاسب المدة العطالة من الكراء الا ان يطول ذلك فى مثل الحانوت والفرن واضر

الايام والاشهر والمواضع واجاز ذلك فى القذف والخمر واقام به الحد ﴿مسئلة﴾ قال مطرف وابن الماجشون واذا شهد الواحد على رجل انه اقر لرجل بمائة وقال الآخر لا بل بخمسين وقد اجتمعا على ان ذلك كان اقرارا واحدا خير المشهود له فان شاء أخذ الخمسين بغير يمين لانهما قد اجتمعا عليه فى شهادتهما وان شاء حلف مع الشاهد الذى شهد على المائة واخذ المائة ولو لم يقولا ذلك كان اقرارا واحدا وانما شهد كل واحد منهما بما سمع من اقراره على حدة أو بما أشهده به وقال الطالب هما حقان اثنان وقال المطلوب انما هو حق دخل قليله فى كثيره فالطالب يحلف مع كل شاهد منهما ويأخذ الحقين ﴿مسئلة﴾ وفى المقنع ولو شهد شاهد انه اقر لفلان يوم عرفة بمكة من سنة كذا بمائة اردب وشهد آخر انه اقر فى ذلك اليوم بعينه بمصر لآخر بمائة اردب من قمح وشهد آخر انه اقر فى ذلك اليوم بعينه فى الشام بمائة اردب شعير لثالث فان كانوا فى العدالة سواء سقطت الشهادات كلها وان كان الاول والثانى سواء والآخر دونهما سقطت الشهادات أيضا لان العدلين يسقط كل واحد منهما صاحبه وهما جميعا يسقطان الذى دونهما وان كان واحد اعدل الثلاثة حلف معه المدعى واخذ ذلك دون غيره

﴿الباب الثانى والثلاثون فى القضاء بشهادة السماع﴾

قال ابن راشد شهادة السماع لها ثلاث مراتب ﴿المرتبة الاولى﴾ تفيد العلم وهى المعبر عنها بالتواتر كالسماع بان مكة موجودة ومصر ونحو ذلك فهذه اذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم ﴿المرتبة الثانية﴾ شهادة الاستفاضة وهى تفيد ظنا قويا يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع مثل ان يشهدان نافعا مولى ابن عمر وأن عبد الرحمن بن القاسم من أوثق من اخذ عن الامام مالك رضى الله عنه فيجوز الاستناد اليها * ومنها اذا رؤى الهلال رؤية مستفيضة ورآه الجم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه الى شهادة عند الحاكم ولا تعديل قاله الطرطوشى فى تعليقة الخلاف (ومنها) استفاضة التعديل والتجريح وما يستفيض عند الحاكم من ذلك قال محمد بن عبد الحكم من الناس من لا يحتاج أن يسئل عنه الحاكم لاشتهار عدالته ومنهم من لا يسئل عنه لاشتهار جرحته وانما يكشف عمن أشكل وقد شهد ابن ابى حازم عند قاضى المدينة أو عاملها فقال أما الاسم فاسم عدل ولكن من يعرف انك ابن ابى حازم فدل هذا على ان عدالة ابن أبى حازم لا تحتاج ان يسئل عنها وهو لا يعرف شخصه لشهرته بالعدالة بل سأل أن يشهد عنده على عين ابن ابى حازم انه هو (ومنها) القسامة بالسماع بالاستفاضة قال ابن القاسم مثل ان يعدو رجل على رجل فى سوق مثل سوق الاحد وما اشبهه من كثرة الناس فيقطع كل واحد ممن حضر عليه بالشهادة فرأى من أرضى من اهل العلم ان ذلك اذا كثر هكذا وتظاهر بمنزلة اللوث تكون

ولم ينشها أحد يسقط الكراء عن المكترى لما فى تلك المدة وكذلك ان طرقها اللصوص فقتلوا من فيها حتى لا يقدر المتقبل على عمارتها لخوف الغالب فانه يفسخ الكراء فيها وكذلك الفنادق المعدة للنزول اذا انقطعت بسبب الفتنة فذلك فيها جائحة والفرن أيضا اذا وقع بالبلد غلاء وجوع وهرب الناس عنه حتى لم يكن فى جيرانه من يطبخ فيه وقل فيه الطبخ فذلك جائحة يحط من الكراء بقدرها اذا علم ذلك قاله الحافظ أبو عمرو بن ازهر وابن رافع رأسه وغير واحد من الشيوخ وفى مسائل ابن رشد اذا قل الواردون للارحى المكتراة لجهد أصاب ذلك المكان وما أشبه ذلك وقل الواردون من البلاد لسكنى الفنادق المكتراة المتخذة للنزول فيها من فتنة أو خوف حدث بالطريق أو ما أشبه ذلك كان ذلك عيبا فيما اكتراه المكترى فيكون مخيرا بين ان يتمسك بكرائه أو يرده ويفسخه عن نفسه فان سكت ولم يقم حتى مضت المدة أو بعضها لزمه جميع الكراء ولا يسقط عنه الكراء الا بجلاء أهل ذلك الموضع حتى تبقى الرحا معطلة والفنادق خالية لم تسكن ولا يلزم المكرى اذا قلت الفائدة ان يحط عن المكترى من كرائه ما نقصه من الواردة بغير رضاه وانما يجب فى ذلك للمكترى الخيار وقال فيها أيضا اذا قلت التجارة فى الحوانيت لضعف الناس وقل التجر فيها لضعف أحوالهم فليس ذلك فيها جائحة وسواء فيه كانت الحوانيت للاحباس أو غيرها الحكم فى ذلك سواء ولا قيام للمكترى لها بذلك وفى المجالس اذا تخربت الرحا بسيل حمل جميعها فاراد المتقبل بناءها من ماله ليتم قبالته وأبى ربها الا فسخ القبالة فذلك لربها وبذلك أفتى أهل الشورى بطليطلة وقال

فيه القسامة من معين الحكام (ومنها) قال ابو الوليد الباجي واذا بلغ من شهرة المحارب باسمه ما أكد تواتره باسمه فاتى من يشهد ان فلانا هذا وقالوا لم نشاهد قطعه للطريق الا انا نعرفه بعينه وقد استفاض عندنا واشتهر قطعه للطريق وما شهر به من القتل واخذ المال والفساد فان للامام ان يقتله بهذه الشهادة وهذا أكثر من شاهد بن على العيان ﴿فرع﴾ واذا كان الذين قطع عليهم الطريق غير عدول أو كانوا عبيدا أو نصارى لم تجز شهادتهم على اللصوص ولكن اذا استفاض ذلك من الذكر وكثرة القول ادبهم الامام ونفاهم من المنتقى ﴿المرتبة الثالثة﴾ شهادة السماع وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها او يتعلق النظر بصفتها وشروطها ومحلها (فاما صفتها) فان يقولوا سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم وقال محمد يقولون انا لم نزل نسمع من الثقات وقال مطرف وابن الماجشون يقولون سماعا فاشيا من أهل العدل وهذه الشهادة تفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة واجيزت للضرورة وفي مفيد الحكام وتفسير شهادة السماع ان يشهد شاهدان أو أربعة على الاختلاف في ذلك انهم لم يزالوا يسمعون ان هذه الدار صدقة على بني فلان أو ان فلانا مولى فلان قد توطؤا على ذلك عندهم وكثر سماعهم له وفشا حتى لا يدرون ولا يحفظون ممن سمعوه من كثرة ما سمعوا به من الناس من أهل العدل وغيرهم ولا يكون السماع بان يقولوا سمعنا من أقوام باعيانهم يسمونهم أو يعرفونهم اذ ليست حينئذ شهادة سماع بل هي شهادة على شهادة فتخرج عن حد شهادة السماع ﴿وأما﴾ شروطها فسبعة (الاول) انه لا يستخرج بها من يد حائز وانما يشهد بها لمن كان الشيء بيده فتصح حيازته قاله ابن المواز مثل ان يكون رجل حائز ادارا فيثبت رجل انها لابيه أو لجده وهذا الرجل المدعى كان غائبا فيقيم الحائز بينة بالسماع في تطاول الزمان انه اشتراها من أبي هذا القائم أو من جده أو ممن صارت اليه منه فيحكم له ببقائها في يده بهذه الشهادة وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم واصبغ ما يقتضي انه يستخرج بها من يد الحائز ﴿فرع﴾ واشترط في المدونة في قبول شهادة السماع لتقرير الدار في يد الحائز أن تقول الشهود سمعنا انه اشتراها هو او ابوه أو جده من هذا القائم فيها أو من ابيه أو من جده ولو قالوا سمعنا انه اشتراها ولا ندري ممن لم تنفع الشهادة لجواز ان يكون اشتراها من غاصب ﴿فرع﴾ وكذلك السماع في الاحباس اذا شهدت بينة بالسماع انه حبس على الحائزين له وهو تحت أيديهم أو يكون لا يد لاحد عليه فتشهد بينة بالسماع انه حبس على بني فلان أو لله تعالى ما بقيت الدنيا فهذا الذي تصح فيه شهادة السماع اذا تطاول الزمان (الثاني) الزمان قال مالك لا تجوز شهادة السماع في ملك الدار خمس سنين قال ابن القاسم وانما تجوز فيما أتت عليه أربعون أو خمسون سنة حكاه ابن هشام في مفيد الحكام ولم ير خمسة عشر في كتاب محمد طولا وعدها طولا في كتاب ابن حبيب قال ابن الهندي وروى انها تجوز في العشرين لان الشهود تبيد في ذلك لقصر الاعمار وقيل ان كان وباء فهي طول والا فلا يعني الخمسة

المشاور للمتقبل ذلك ويأخذ قيمة بنيانه مقلوعا عند خروجه وهو الصحيح ولصاحب الرحى ان يقدم في الطعن من شاء قاله مطرف وابن الماجشون وقال سحنون في كتاب ابنه ان كانت سنة البلدان يطحنوا على الدولة فلا يقدم صاحب الرحا أحدا على من اتى قبله وان تحاكموا في ذلك قضى بينهم بسنة بلدهم ومن سبق بنزول الطعام في الرحا فهو صاحب الدولة

﴿فصل﴾ والارض في كرائها أقوال * أحدها انه لا يجوز كراؤها بالطعام كله ولا بشيء مما تنبته كالقطن والكتان وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه الا القصب والخشب والصندل ونحو ذلك مما لا يزرع فيها خاصة وسواء كان الطعام مما تنبته كالحنطة وشبهها أو مما لا تنبته كاللحم والعسل وغير ذلك الحكم في ذلك واحد * والثاني انه يجوز كراؤها بكل شيء من الطعام وغيره ماعدا الحنطة وأخواتها وهو قول ابن نافع والثالث انه يجوز كراؤها بكل شيء من الطعام وغيره مطلقا والرابع أنه لا يجوز كراؤها بشيء اذا أعيد فيها نبت ويجوز بغير ذلك من طعام وغيره وهو قول ابن كنانة ورواية يحيى عن مالك ولا يجوز أيضا كراؤها بجزء مما يخرج منها فان وقع ذلك فسخ فان فات فكراؤها كراء مثلها قال عيسى بن دينار ومن اكراها على أحد الاقوال المذكورة أجزت كراءه ولم أفسخه وهو على قسمين مأمون الري وغير مأمون فاما المأمون الري فيها فهي التي تسقى بماء الانهر والعيون والآبار الغزيرة التي يكفي ماؤها السقي أرضها في كل أوان فهذه يجوز كراؤها الى العامين والثلاثة وأكثر الى عشرة أعوام وقيل الى العشرين ويجوز اشتراط النقد فيها او يلحق بها أرض نيل مصر لانه لا يكاد يخلف قال ابن فحمون وكذلك بعض جهاتها أرض كريمة منخفضة كبيرة العنصر اذا رويت وسال الماء فيها

عشرلان فى الوباء تموت الشهود فتفيد حينئذ شهادة السماع ﴿الشرط الثالث﴾ السلامة من الريب فان شهد ثنان بالسماع وفى القبيلة مائة من اسنانهما لايعرفون شيأ من ذلك لم تقبل شهادتهما الاأن يكون علم ذلك فاشيا فيهم قال ابن القاسم فان شهد بذلك شيخان كبيران قد باد جيلهما قبلت شهادتهما وان لم يشهد بذلك غيرهما قال ابن الهندى اذا كانا عدلين وفى تنبيه الحكام ومثل ذلك لو كانا طارئين فشهدا باستفاضة موت أونحوه ببلدهما وليس معهما من ذلك الموضع غيرهما فشهادتهما جائزة ﴿الشرط الرابع﴾ ان يحلف المشهود له قال ابن محرز ولا يقضى لاحد بشهادة السماع الابعد يمينه لاحتمال ان يكون أصل السماع من شاهد واحد والشاهد الواحد لابد معه من اليمين ﴿الشرط الخامس﴾ ان لايسموا المسموع منهم والا كان نقل شهادة فلا تقبل اذا كان المنقول عنهم غيرعدول وقال بعض الشيوخ شهادة السماع اذا كانت يتنزع بها فلا تجوز الاعلى السماع من العدول وان كانت لتقريها فى يد الحائز فهذه مختلف فى اشتراط العدالة فيها ﴿تنبيه﴾ قال ابن الهندى ان سقط من أهل الشهادة فليست شهادة تامة وزعم بعضهم أنهم اذا قالوا فى شهادتهم من أهل العدل انها ليست شهادة على السماع وانماهى شهادة على شهادة فلا بدلهم من تسمية العدول الذين شهدوا على شهادتهم ويرى القائل بذلك ان شهادة السماع تنعقد بقولهم لم نزل نسمع سماعا فاشيا وسقط من الشهادة من أهل العدل ومن الدليل على أن ذلك ليس كما قال ان الشهادة بالسماع الفاشى اذا سقط منها أهل العدل فلا تعمل الشهادة ولا تفيد لانه قد يسمع ذلك من اللفيف وغير العدول ولا تقبل الشهادة ولا تعمل شيأ فالشهادة فى السماع لاتكمل الابأن يضمن فيها أهل العدل وغيرهم ولا تكون الشهادة بذلك شهادة على قوم مسمين باعيانهم كما ظهر للقائل بذلك لانه قد نسى السامعون العدول الذين سمعوا ذلك منهم وهم قد أيقنوا أنهم سمعوا ذلك سماعا فاشيا متصلا من أهل العدل وغيرهم وعلى تجويز ذلك وعقده فى المكاتب مضى الناس وأثبتت السجلات والاحكام ولم يأت آخر هذه الامة بافضل مما جاء به أولها ﴿الشرط السادس﴾ ان يشهد بذلك اثنان فصاعدا ويكتفى بهما على المشهور وقال عبد الملك وابن الماجشون أربعة ﴿الشرط السابع﴾ ان يكون السماع فاشيا من الثقات قال ابن عبد السلام أما كونه فاشيا فمتفق عليه وأما كونه من الثقات فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشترطه لان المقصود ان يحصل للشاهد علم أوظن يقاربه وربما كان خبر غير العدل فى بعض الاوقات مفيدا لما يفيده خبر العدل لقرائن تحتف به ومنهم رأى انه لابد من السماع من غير العدل ومن العدل وان لم يكن السماع مقصورا على أهل العدل يخرجه الى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر (وأما) محل شهادة السماع فقد ذكر القاضى أبو الوليد بن رشد من المواطن التى يشهد فيها بالسماع أحدا وعشرين موطنا * وقد نظمتها فى هذه الابيات

حرت وتنكشف اذا ذهب الرى من قحطها الى تمام زرعها عادة المطر اولا فهذه تجرى ذلك المجرى وأرض البعل التى يتعاهدها المطر فلا يكاد يخطئها فى كل عام الافى النادر هى أيضا من ذلك ومجراها مجرى أرض النيل وفى أرض الاندلس خلاف هل هى من ذلك أولا فروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وأصبغ انها من ذلك وروى مطرف وابن الماجشون انها ليست من ذلك قال وبذلك آخذ لان عمر بن عبد العزيز رد النقد فى أرض النيل فكيف بأرض الاندلس لان المطر يحبس عنها فى بعض الاعوام * وأما القسم الثانى وهو غير المأمون مما عدا ما ذكر وهى التى تروى وتزرع ثم لا يتم زرعها الا بأن يعاودها المطر ونحو ذلك فهذه لايجوز اشتراط النقد فيها الا فى آخر ما يتم به الزرع ويجوز عقد الكراء الى عشر سنين قاله عند ابن القاسم وأكثر الرواة وقال أشهب لايجوز كراؤها الالعام واحد عند ترقب الغيث وامكان الحرث لاقبل ذلك (ويكتب فى كراء المأمون من ذلك) عقدا كترى فلان من فلان جميع المواضع السقوية المعلومة له بقرية كذا حدودها كذا بحقوقها ومنافعها وشؤنها اكتراء صحيحا المدة من كذا بكراء مبلغه كذا قبضه المكرى اذهى من الارض المأمون السقى فيها أو يندفع لاجل كذا ونزل المكترى فى مكتراه لاستيفاء منفعته وهو عارف به وشهد عليهما بذلك فى كذا (ويكتب فى الارض البعلية وغير المأمونة) عقدا كترى فلان من فلان جميع الارض البعلية المعلومة له بكذا حدوده كذا المدة من عام ايا واحد أوله كذا بكذا وكذا يندفع لاجل كذا وقد نزل المكترى فى مكتراه لاستيفاء منفعته فيه وهو عارف وشهد عليهما بذلك فى كذا * وان كانت المدة لسنتين أوثلاثة ذكرتها على مذهب ابن القاسم وان كانت الارض فيها السقى والبعل فالاحسن ان

أيا سائلي عما ينفذ حكمه * ويثبت سمعا دون علم باصله
ففي العزل والتجريح والكفر بعده * وفي سفه أو ضد ذلك كله
وفي البيع والاحباس والصدقات مع * رضاع وخلع والنكاح وحله
وفي قسمة أو نسبة وولادة * وموت وحمل والمضر باهله
فقد كملت عشرين من بعد واحد * تدل على حفظ الفقيه ونبله

وزاد عليه ولده ستة نظمها أيضا في هذه الابيات

ومنها هبات والوصية فاعلمن * وملك قديم قد يظن بمثله
ومنها ولادات ومنها حرابة * ومنها اباق فليضم لشكله
أتى نظم العشرين من بعد واحد * واتبعتها ستا تماما لفعله

قال ابن راشد قوله في النظم أو ضد ذلك كله يعني الولاية والتعديل والاسلام والرشد وقوله والوصية يريد ما حكاه أبو عمر في الكافي اذا شهدوا انهم لم يزالوا يسمعون ان فلانا كان في ولاية فلان وانه كان يتولى النظر له والانفاق عليه بايصاء أبيه به اليه أو بتقديم قاض عليه وان لم يشهدهم أبوه بالايصاء ولا القاضي بالتقديم ولكنه علم ذلك بالاستفاضة من أهل العدل وغيرهم فان ذلك جائز وتصح الوصية اذا شهد بذلك شاهدان وفيها بين اصحاب مالك اختلاف قال ابن راشد وسئل ابن زرب عن وصي قامت له بينة بعد ثلاثين سنة بالسماع على تنفيذ وصية اسندت اليه فقال شهادتهم جائزة وفي المتيطية عن ابن عتاب شهادة السماع جائزة في خطوط الشهود الاموات مثل ان يقول سمعت من أهل العدل ان هذه الشهادة شهادة فلان بخط يده قال المتيطي عن ابن عتاب وتجوز في جائحة الاحباس قال ابن الطلاع وكذلك الثقة وخالفه في ذلك ابن سهل قال القرافي في الفرق السادس والعشرين والمائتين وزاد بعضهم السنوة والاخوة وزاد العبدي الحرية والقسامة وصورتها ما تقدم في أول هذا الباب في المرتبة الثانية فيمن قتل قتيلا في مثل سوق الاحد وفي الطرر عن المقالات لابن مغيث ان شهادة السماع تعمل في دفع النقد من الصداق ونصه اذا شهد للزوج بالسماع على السنة أهل العدل وغيرهم انه تزوجها بنقد وكالئ مبلغه كذا الى اجل كذا برضا وليها فلان وانه دفع اليها النقد فان زوجيتهما ثابتة والقول قوله في دفع النقد مع يمينه فقد أعمل شهادة السماع في دفع النقد وذكر عن ابن مغيث ان شهادة السماع في النقد غير عاملة وهو واضح وفي مختصر الواضحة ان شهادة السماع جائزة في الحيازات فهذه سبعة وثلاثون موطنا رأى الاصحاب انها مواطن ضرورة تجوز فيها شهادة السماع ويجوز تحمل الشهادة فيها بالظن الغالب (فروع * الاول) قولهم تجوز شهادة السماع في العدالة والجرحة قال القرافي قال علماؤنا انما ذلك اذا لم يدرك زمان المجروح والمعدل فان ادرك زمانهم فلا بد ان تكون الشهادة على العلم ومنع سحنون الشهادة على السماع فيها قال ابن سحنون لا تجوز الجرحة على السماع وهو ان يقول انه سمع فلانا وفلانا يقولان هو عندنا

وكتب في عقدين وان كتبها في عقد واحد جاز وان لم يشترط النقد في شيء من الكراء ويجوز النقد بطوع على كل حال والكراء في الأرضين كلها المدة معلومة ويجوز كراؤها مساناة كالرباع ويجوز أيضا في التي تزرع منها بطونا كراؤها مشاهرة ولكل واحد منهما الانحلال في المساناة والمشاهرة ما لم يزرع فاذا زرع لزمه الكراء المدة التي عينها فان كانت الارض مما تزرع العام كله كالتي تزرع للخضر والبقول أو مما تزرع مدة في العام كارض الزرع فان كانت مما تزرع العام كله فاول العام فيها تاريخ العقد وآخره تمام السنة من يوم العقد وان كانت مما تزرع مدة في العام فاول العام فيها وقت الزراعة أو وقت حرثها كالزرع وان كانت مما تحتاج لذلك وآخره حصاد الزرع ولا شيء للمكتري فيها بقية السنة ولا يحط عنه من كراء العام شيء وينطلق اذ ذاك يد صاحبها عليها فاذا انقضى أمد الكراء وفيها زرع أو بقل لم يبد صلاحه فلا يجوز لرب الارض قلعه ولا شراؤه وقال بعض شيوخ القرويين يجوز له شراؤه وعند ابن القاسم لا يجوز له ذلك ويبقى الزرع الى تمامه ويكون عليه كراؤها في تلك المدة وقيل الاكثر من كرائها أو كراء المثل وقال ابن حبيب ان زرعها وهو يعلم ان الكراء ينقضي قبل تمامه فربها مخير في قلع الزرع وافساده وأخذ الكراء وان كان زرعها وهو يظن ذلك فلا يكون لرب الارض افساده وعليه الكراء فان كان في الارض ثمرة جاز اشتراطها ان كانت تابعة وكذلك ان كان فيها زرع أو بقل جاز اشتراطه للمكتري على الشروط الاربعة في الثمرة وهو ان يشترط جملتها وان تكون تطيب قبل انقضاء المدة وان يكون قصد دفع المضرة في التصرف اليها وان تكون تبعا فان كانت دون الثلث فهي تبع باتفاق وان كانت أكثر من الثلث فليست تبعا باتفاق وفي الثلث قولان فان استثنى صاحب الارض ثمرات معينة لنفسه وادخلها

...فتح ذلك ابن العطار والجازه ابن ابى زمنين وزاد انه يجوز له لصاحب الارض ان يشترط حواشيا لنفسه
...لها له المكترى ويقوم بمؤنتها حتى تتم ولا تكون الزريعة من عند المكترى (والجائحة) فى الارض المكتراة انما هى من
القحط المتوالى حتى ييبس الزرع ومن استغدارها بالامطار الملحة حتى يفسد وكذلك ان فسد بسبب دود أو فار فى
الارض فذلك جائحة أيضا
فان فسد الزرع بجملته بسبب
شئ من ذلك سقط عنه جميع
الكراء وان أصاب البعض
أدى من الكراء بحسابه قال
ابن فتحون وذلك بأن يقال كم
تعطى هذه الارض على
التوسط فيقال ست حبات
فان أصاب ثلاث حبات ادى
نصف الكراء أو ثنتين ادى
الثلث وقال بعضهم ان ادى
مابذر بلا زيادة فلا يلزمه شئ
وكذلك فى الحبتين ادى
الثانية قدر المؤنة ولا تعتبر من
الجوائح فى الكراء غير ماذكر
من جاورد او جراد أو غير
ذلك والكراء له لازم وان أذهبته
الجائحة بالكلية (وسئل)
ابن رشد عن الزرع اذا أصابه
الصر وهو ربيع ثم أصابه
القحط بعد ذلك هل يلزم
الكراء للزارع (فقال) اذا توالى
القحط حتى علم ان الزرع لو سلم
من الصر لاهلكه القحط
فالكراء عنه ساقط ذكر ذلك
فى مسائله فان أصاب الارض
القحط والاستغدار قبل
الزراعة واستمر ذلك الى تمام
الابان فالكراء عنه ساقط
وان انقطع ذلك فى الابان
وامكنه الازدراع فلم يزرع فلا
يسقط عنه الكراء بحال قال
ابن فتحون وكذلك ان منع من الزرع فتنة فالكراء عنه ساقط ولا يجوز عقد الكراء فى الاحباس على معين الا فيها
لعامين وأقل وقال أشهب يجوز الى أكثر من ذلك وكذلك الاحباس على المساجد والمرضى ونحوها استحسن فيها الى أربعة أعوام
وتجوز الى أكثر وفى الاول لابن سهل هذا فى الارض وأما فى الدور والحوانيت وشبهها فعاما بعد عام واذا حصد المكترى زرعه

غير عدل من مفيد الحكام (الثانى) لابد فى شهادة السماع على الموت ان يقول الشهود
انهم سمعوا سماعا فاشيا مستفيضا من أهل العدل وغيرهم ان فلانا ابن فلان الفلانى الذى
يعرفونه بعينه واسمه توفى يوم كذا من شهر كذا من شهور كذا فى وقت كذا ولا يستغنى عن
تاريخ اليوم الذى مات فيه من جهة من يوارثه ليعرف بذلك من مات قبله ومن مات بعده
من وثائق الجزيرى (الثالث) قال ابن الهندى وأما شهادة السماع على النسب فصورة
الشهادة فيها انهم يشهدون انهم لم يزالوا يسمعون على قديم الايام ومرور الشهور والاعوام
سماعا فاشيا منتشرا من أهل العدل وغيرهم ان فلانا ابن فلان قرشى من فخذ كذا
ويعرفونه واباه من قبله قد حاز هذا النسب وبناه فى شهادتهما لا يعلمون احدا يطعن
عليهما فيه الى حين تاريخ ايقاع هذه الشهادة فاذا شهدوا بذلك فمن نفاه عن ذلك النسب
حد له وفى مفيد الحكام ان شهادة السماع لا تفيد فى النسب الا ان يكون سماعا فاشيا
ظاهرا مستفيضا يقع به العلم فيرتفع عن شهادة السماع ويصير من باب الاستفاضة والضرورة
وهذا مثل الشهادة بان نافعا مولى ابن عمر وان مالكا ابن أنس وان لم يعاين الشاهد ذلك
أصله وأما ان قصر عن هذا الحد فانما يستحق بالشهادة المال دون الولاء والنسب وذلك ما لم
يكن للمال وارث مستحق (الرابع) وأما شهادة السماع على الولاء فصفتها انهم لم يزالوا
يسمعون سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة أهل العدل وغيرهم ان فلانا ابن فلان مولى
لفلان بن فلان بولاء العتاقة أو ان جده فلان لابيه قد أعتق جد المولى فلان لابيه ويحتاج
المشهود له اذا توفى المشهود عليه بالولاء ان يثبت الموت والوراثات حتى يبلغ الى موت
المشهود عليه الا ان يكون موت الاول وما بعده قد بعد فيسقط الاثبات لذلك ويستحق
بهذه فى رواية ابن القاسم المال مع يمينه ولا يثبت الولاء ويستحق فى قول أشهب الولاء
والمال وفى وثائق ابى القاسم الجزيرى وبقول ابن القاسم القضاء (فرع) وفى تنبيه الحكام
الشهادة على السماع فى الولاء والنسب لا يحكم للمشهود له به الا بعد يمينه لانها عنده ليست
بشهادة قاطعة ثم لا يستحق بعد اليمين حكم الولاء والنسب وانما يستحق ذلك الميراث الحاضر
وان توجه له ميراث آخر يستحقه بذلك الولاء والنسب كما لو مات مولى المتوفى الاول أو بنته
لم يستحقه بالشهادة الاولى حتى تكون الشهادة بالسماع فى استحقاق ولاء هذا الميت
ويحلف أيضا كما فعل فى الاول وقال أشهب يستحق الولاء والنسب بشهادة السماع دون
يمين (الخامس) وأما شهادة السماع فى النكاح فاذا ادعى أحد الزوجين النكاح وانكره
الآخر فاتى المدعى ببينة سماع فاش من أهل العدل وغيرهم على النكاح واشتهاره
بالدف والدخان ثبت النكاح بشهادة هذا هو المشهور المعمول به وقال أبو عمران انما تجوز
شهادة السماع فى النكاح اذا اتفق الزوجان على ذلك وأما اذا ادعاه احدهما وأنكره
الآخر فلا من المتيطية (السادس) وأما الشهادة على السماع فى الحبس فلابد ان يشهد
الشهود أن ذلك كان يحاز بما تحاز به الاحباس ويحترم بحرمتها وانها كانت ملكا لمن يتل

واصابه بردفانتثر فى الارض منه ونبت فى السنة المقبلة فهو لرب الارض لا للمكترى وقال أصبغ فيمن زرع كمونا فى أرضه فابطأ نباته حتى يئس منه فاكرى الارض ممن غرس فيها مقثأة فنبت الكمون مع المقثأة فالكمون لرب الارض والمقثأة لصاحبها ويقبض الكراء على قدر انتفاعهما هـذا بكمونه وهـذا بمقثأته وان

أضر الكمون بالمقثأة حتى نقصها فليس له قلعه ويوضع عنه من حصته من الكراء بقدر ما نقصه مقثأته وكذلك لو ابطلها بالجملة لسقط عنه الكراء ومصيبتها منه كما لو غرسها فلم تنبت

(فصل) ويجوز الكراء فى الثياب والقباب والسروج واللجم وكل شئ يعرف بعينه بعد الغيبة عليه ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه كالدنانير والدراهم وقدور الفخار وشبه ذلك وقيل يجوز كراء ما لا يعرف بعينه اذا لزمه صاحبه وفى كراء المصحف للقراءة واجارة الاستئجار لتخفيف الثياب قولان وكذلك الحلى اجازه مالك كراءه فى رواية ابن القاسم وان فيه لثقلا عنده فقيل ان ذلك من جهة ان الكراء يقع عليه اسم البيع وقيل انه من أجل انه قد يذهب بعضه بالاستعمال فيكون قد أخذ فيه ذهبا أو فضة (ويكتب فى كراء ما يكترى من ذلك) عقدا كترى فلان من فلان ثوبا صفته كذا أو فسطاطا صفته كذا أو عقد جوهر يحتوى على كذا بكراء مبلغه كذا المدة من كذا وقبض المكرى الكراء ويندفع لانقضاء المدة وقبض المكترى مكتراه وصار عنده

فيها الحبس المذكور ويجاوزونها بالوقوف عليها وان لم يشهدوا بانها تحاز بما تحاز به الاحباس وتحترم بحرمتها سقطت الشهادة وقال بعض الاندلسيين لو شهدوا على أصل المحبس بعينه لم يكن حبسا حتى يشهدوا بالملك للمحبس يوم حبس (فرع) قال ابن الهندى اذا ذكر فى وثيقة الشهادة على السماع فى الحبس اسم المحبس وكان قد توفى فلا بد من اثبات موته وعدة ورثته على تناسخ الوراثات ثم يعذر فى ذلك الى ورثته فان لم يكن لهم مدفع نفذ ذلك وقد قيل انه اذا بعد عهد موت المحبس وتعذر اثباته واثبات ورثته ان ذلك ساقط وانه لا يلزم اثبات ذلك والقائل بذلك يحده بنحو الخمسين والستين سنة وكذلك يسقط مع القدم اثبات الملك وان قال الشهود سمعنا انها حبس ولم نسمع عن المحبس من هو لم يضر ذلك الشهادة وهى تامة (فرع) وهل يلزم ذكر المدة التى سمعوا فيها ويذكر واذلك فى الوثيقة قال المتيطى أما اسقاط مدة السماع فهو الذى جرى به العمل وقال ابن المكرى وغيره من فقهاء الاندلس لابد ان يذكر فى الوثيقة مدة السماع لذلك لما وقع من الخلاف فى قدر المدة التى تجوز فيها شهادة السماع (السابع) وأما الشهادة بالسماع على الضرر فاذا شهد به بالسماع الفاشى من قول النساء وغيرهن من الرجال جاز وكذلك ان شهد لها شاهد واحد بمعرفة الضرر وشهد لها به بالسماع مع الشهادة بعد ذلك اذا لم يكن عند الزوج فيه مدفع ولا يمين عليها قال ابن القاسم سألت مالكا عن شهادة السماع فى ذلك فقال لا أرى ذلك يخفى على جيرانهما فاذا كان اضراره بها مشهورا معروفا حتى تواطأ سماعهم على ظلمه لها فى اساءة عشرتها فى غير ذنب منها تستوجب به مثل ذلك وشهد على ذلك النساء العدول أو غيرهن من الرجال على سماعهم من النساء طلقها عليه السلطان وقد تستحق المرأة الضرب الوجيع بالذنب ترتكبه وقد شج ابن عمر رضى الله تعالى عنهما زوجته انتهى من مفيد الحكام (الثامن) وأما الشهادة بالسماع فى الملك القديم فمثال ذلك رجل فى يديه دار تعرف به وبآبائه من قبله فيأتى رجل ببينة تشهد له انها ملكه قد عفا فيأتى الذى هى فى يده بمن يشهد له على السماع الفاشى انا لم نزل نسمع بانتقالها الى الذى هى فى يده من قبل آبائه بالشراء أو بالصدقة ونحو ذلك وهى شهادة توجب عند مالك وأصحابه الدار للذى هى فى يده دون الذى يشهد له انها ملكه قد عفا فهذا ومثله مما تجوز فيه شهادة السماع اذا كان شيأ متقادما ولا تجوز شهادة السماع الفاشى للمدعى الطالب وانما تجوز للذى هى فى يديه حائز لها فتقادم العهد ومضى الزمان ولا تنفع شهادة السماع اذا قام بها من ليس الربع فى يده يريد اخراج ذلك من يد حائزه على المشهور واختلف هل يؤخذ بها ما ليس عليه يد كعفو الارض (الفرع التاسع) شهادة السماع بالوصية وقد تقدم تفسيره عقب الابيات من كلام ابن راشد

(الباب الثالث والثلاثون فى القضاء بالشهادة على الشهادة)

لاستيفاء منافعه وشهد عليهما بذلك فى كذا (بيان) ولا ضمان على المكترى فيما يتلف عنده من الحلى والثياب وغير ذلك مما ذكر الا ان يتعدى أو يفرط ومن اكترى ثوبا يلبسه وحبس مصباحا فسقط منه عليه شئ فافسده فهو ضامن وكذلك ان سقط من يده على جليس له فان ادعى انها ضاعت له أو سرقت فالقول قوله مع يمينه وهو

مصدق فى ذلك مأمونا كان أوغيرمأمون ويغرم الكراء كاملا الا ان تقوم بينة انه ادعى تلفها قبل مدة الكراء ونشرها اذذاك
فيغرم من الكراء بقدر ما انتفع وكذلك أيضا يصدق فى صرف ذلك الى صاحبه مع يمينه الا ان يكون قبضه بعقد أو باشهاد فلا
يرده الا بالاشهاد وفى مسائل ابن الحاج اذا ضاع عند امرأة حلى فقالت استأجرته وقالت صاحبته
اعرتك اياه انها ان كانت
صاحبته تكرى الحلى فالقول
قول التى ضاع عندها انها
اكترته ويسقط عنها الضمان
وان كانت ممن لا تكرى الحلى
فيكون القول قولها أيضا
لانه لا يؤخذ احد باكثر مما
أقربه قال القاضى أبو عبد الله
والذى يصح عندى أن الوجه
الاول قول التى ضاع عندها
الحلى انها استأجرته وأما
القول الثانى فهو على قول
أشهب وأما على قول ابن
القاسم فان القول قول صاحب
الحلى كمن قال قرض وقال
الآخر قراض

{فصل} والاستئجار على
الاعمال جائز ولا بد من تبيين
العمل ومقدار الاجرة (ويكتب
فى ذلك) عقد استأجر فلان
فلانا البناء أو النساج على عمل
كذا وتصفه باقصى ما تقدر
عليه بأجرة مبلغها كذا قبضها
الاجير أو تدفع لاجل كذا
وعلى الشروع فى العمل وشهد
عليهما بذلك فى كذا {بيان}
قال ابن مغيث والاستئجار
على الاعمال ينقسم على ثلاثة
اقسام * أحدها ان يكون على
الجعالة مثل ان يقول ابن لى
فى هذا الموضع كذا ولك كذا
ففى هذا القسم لا شئ له فى
الاجرة الا بعد فراغه وما انهدم من ذلك قبل كماله فعلى العامل ان يقيمه (والثانى) ان يكون على المؤاجرة فلان
مثل ان يقول اعمل لى فى هذا الموضع كذا بكذا ففى هذا القسم ما عمل فيه الاجير من شئ كان له من الاجرة بحسابه ان أتى
له مانع من التمام وما انهدم منه فمن رب المال الا ان يعرف أن ذلك كان من غير سوء عمل الصانع فيكون عليه عمله ثانية

قال ابن عبد السلام وقد اختلف العلماء فى الحكم بالشهادة على الشهادة فذهب مالك
رضى الله تعالى عنه قبولها واعمالها فى سائر الامور مالا كان أو عقوبة وشرط صحة تحملها
الموجب لقبولها ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتى أو على ان فلانا
اشهدنى بكذا وفى تنبيه الحكام يشترط فى استباحة نقل الشهادة اذن المنقول عنه فى شهادة
الناقلين على شهادته لانه أداء لتلك الشهادة استخلفهما على القيام به عند الضرورة
{فرع} فان سمعه يخبر بان فلانا أشهده ولم يقل اشهد على أو انقل عنى هذه الشهادة وشبه
ذلك لم ينقل لما علم من عوائد الناس ان تحرزهم فى الاشهاد والشهادة أقوى من تحرزهم
فى الاخبار ولو كان المتكلم فى غاية الورع وفى الشهادة لا يشهد الا بما سمع من غير زيادة
ولا نقص {فرع} فان فات هذا الشرط بخصوصه فهل يقوم مقامه سماع شاهدين
يؤديان شهادتهما عند القاضى ثم يموت هذان الشاهدان او يعزل القاضى قال ابن القاسم
لا بأس للشهود الذين سمعوا ان يشهدوا بها وهى شهادة تامة ومنع من ذلك اشهب من
المتيطية قال ابن راشد ومنع من ذلك ابن المواز وفيه بعد لحصول المساواة بين الصورتين
قطعا فيما يجب التحرز منه وما لا يجب {فرع} وكذلك اختلفوا اذا سمعه يشهد غيره فهل يشهد
هذا السامع وان لم يشهده فى ذلك قولان {فرع} قال ابن راشد فى منتقى الاحكام عن ابن
القاسم ومن سمعته يقول اشهد أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يشهدك فاشهد بما
سمعت ان كنت سمعته يؤديها عند الحاكم ليحكم بها والا فلا حتى يشهدك اذ لعله لو علم انك
تنقلها عنه لزاد أو نقص وانما تشهد بما سمعت من قذف وعتق وطلاق بخلاف الحقوق
لان ذلك كلام مستقصى {فرع} ولا تشهد بقول القاضى ثبت عندى لفلان كذا
حتى يشهدك قاله ابن هشام فى مفيد الحكام {فرع} فلو قال القاضى بعد عزله ان فلانا
شهد عندى وشهد معه غيره فهى شهادة جائزة من المتيطية {مسئلة} اختلف فى شهادة
الاب على شهادة ابنه وشهادة الابن على شهادة أبيه ففى الواضحة جواز ذلك وهو قول
مطرف وقيل ان ذلك لا يجوز وهو قول أصبغ وفرق ابن الماجشون بين شهادة كل واحد
منهما مع صاحبه وشهادته على شهادته وبين شهادته على حكمه بعد عزله فاجاز ذلك فى
الصورتين الاولتين انظر البيان فى الاقضية
{فصل} اعلم ان الشهادة على الشهادة لا تسمع الا بموت الاصل أو مرضه أو غيبته بمكان
لا يلزم الاداء منه لان النقل انما أبيح مع الضرورة ولا يباح مع غيرها لان النقل عنهم
مع حضورهم مشعر بريبة ويقع الشك فى صدقهم لامكان ان يكونوا انما تأخروا عن
اداء الشهادة خشية أن يستفسرهم الحاكم استفسارا يتحيرون فى الجواب أو غير ذلك
مما يتقى وأيضا فان الظن الحاصل للقاضى من سماع شهادة الاصل أقوى من الظن
الحاصل له من شهادة الفرع فلا ينبغى ان يقتصر على الاضعف مع قدرته على الاقوى
{تنبيه} قال ابن سهل وصورة نقل الشهادة عن المريض ان يكتب شهد عند القاضى

فلان بن فلان وفلان بن فلان ان فلانا اشهدهما ارضه المانع له من الخروج ان شهادته
الواقعة فى هذا الكتاب حق حسب وقوعها فيه قال وما يكتب الناس اليوم وسؤالهما
نقلها عنه جهل لا يجب عمله (فرع) قال ابن المواز ولا ينقل فى الحدود الا فى غيبة بعيدة
فاما اليومان والثلاثة فلا قال ابن عبد السلام يعنى اذا غاب عن موضعه هذا القدر لانه قد
يعود عن قرب قال ابن المواز فاما من كان موضعه على مسيرة يومين أو ثلاثة فلا يخص
ويجوز نقلها عنه ويجوز ذلك فى غير الحدود وقال سحنون ان كانت المسافة يقصر فى مثلها
الصلاة أو الستين ميلا كتب القاضى الى رجل تشهد عنده البينة ولم يفرق بين حد ولا
غيره (فرع) أما المرأة فانه ينقل عنها مع حضورها فى البلد لما ينالها من الكشف
والمشقة قال مطرف لم أر فى المدينة امرأة قط ادت ولكن يحمل عنها وهو صواب وأبى من
ذلك كله أشهب وعبد الملك ولم يريا للنساء مدخلا فى النقل وان كان على شهادة بمال لان
النقل غير المال واستحسنه سحنون (فرع) فلو تغيرت حال شاهد الاصل بعد الاذن مثل
أن يطرأ عليه فسق أو تحدث بينه وبين المشهود عليه عداوة امتنعت الشهادة لان حدوث
هذه الاشياء يدل على سبقية مقدماتها قبل ذلك فلو تغيرت حال الاصل بعد ذلك الى العدالة
فهل للشاهد الفرع ان ينقل عنه الآن من غير ان يجدد له شاهد الاصل الاذن فى الشهادة
والنقل عنه قال المازرى فى ذلك خلاف بين الناس ولم يصرح بان هذا الخلاف فى
المذهب أو خارج المذهب (فرع) وليس على شهود النقل تزكية شهود الاصل لكن ان
زكوهم صحت (مسئلة) اذا دعيت ان تشهد على شهادة فلك أن لا تفعل فان كانت فى
حبس أو ما فى معناه مما يراد تأبيده فينبغى ان تشهد على شهادتك وكذلك ان كان بدين
منجم سنين كثيرة (مسئلة) واذا أشهدت على شهادتك فلك ان تشهد معدلا وغير معدل فاذا
صارت فيه أوصاف العدالة نفذت وقد كان فيما تقدم يشهد فى الاحباس وشبهها صبيان
المكاتب الذين يعقلون ما يكتبون (فرع) ويجوز شهادة النساء على شهادة غيرهن فيما تجوز
فيه شهادتهن ولكن معهن رجل ومنع من ذلك أشهب وعبد الملك مطلقا واجاز أصبغ
نقل امرأتين عن امرأتين فيما ينفردن به قال ابن راشد وقال ابن القاسم لا يجزئ فى ذلك
الا رجل وامرأتان ولا تجزئ فيه النساء الا به (فرع) واذا شهد الشهود على شهادة غيرهم فى
عقد سقط منه معرفة المشهد على نفسه فذلك تام لان المشهد على شهادته يحمل على انه لم
يشهد على شهادته الا وقد عرف المشهد على نفسه (فرع) واذا شهد شهود على شهادة قوم
لا يعرفونهم فشهادتهم مردودة وان كان المشهود على شهادتهم عدولا انظر البيان وقال ابن
لبابة وغيره من الشيوخ فى شهادة رجلين شهدا على شهادة رجل ان فلانة بنت فلان
اشهدتنى ولم يذكر فى شهادته انه يعرفها بالعين والاسم ان الشهادة تامة وقوله أشهدتنى
فلانة معرفة لا محالة فيها (فرع) ولا تجوز شهادة النساء على شهادة رجل ولو كن ألفا الا
مع رجل لان الشهادة لا تثبت الا برجلين أو رجل وامرأتين (فرع) فاذا أشهد شاهد الاصل

(والثالث) ان يكون مضمونا بصفة مثل ان يعامله فى ذمته على حفر بئر حتى يبلغ الماء وقد علما شدة الارض ورطوبتها ثم يطويها
بالحجارة حتى يكملها ففى هذا القسم ذلك مضمون على العامل فى ماله حيى أو مات * والاجارة عقد لازم يلزم العامل العمل باثر
العقد فان تربص بعده فان كان بشرط فلا يجوز له الا اليومين والثلاثة وان لم ينعقد بشرط فله الشهر
ونحوه وقال ابن رشد والاجارة
على كل شئ بعينه كنسج
الغزل أو خياطة الثوب تنقسم
على قسمين أحدهما ان يكون
مضمونا فى ذمة الاجير
والثانى ان يكون معينا فى
عينه * فاما ان كان مضمونا فى
ذمته فلا يجوز الا بتعجيل النقد
والشروع فى العمل لانهما اذا
تأخرا جميعا كان الدين بالدين
فلا يجوز الا بتعجيل أحد
الطرفين أو بتعجيلهما معا * وأما
اذا كان معينا فى عينه فيجوز
تعجيل الاجرة وتأخيرها على
ان يشرع فى العمل فان لم
يشرع فى العمل الى أجل
لم يجز النقد الا عند الشروع
فى العمل وروى سحنون عن
عن ابن القاسم ان مالكا
قال من استأجر أجيرا على عمل
شئ بعينه يعمله فلا يجوز فيه
الاجل لان الفراغ من العمل
هو الاجل فلا يستقيم
الاستئجار الى أجلين فى شئ
واحد وروى عن غير ابن
القاسم انه قال اذا كان
الاجل مما يرى ان الاجير
يفرغ من العمل فى مثله جاز
وان تأخر أعطى أجر مثله وان
كان الاجل ضيقا فلا يجوز
وهو قول أصبغ واذا مرض
الاجير فى مدة الاجارة فلا
تنفسخ الاجارة بمرضه وان صح
بقية المدة لزمه عمل باقيها وكان له من الاجرة بقدر عمله الا ان يتفقا على الفسخ فان قال الاجير مرضت شهرا وقال المستأجر أكثر
من ذلك فان كان مأوى الاجير عند المستأجر فالقول قوله والا فالقول قول الاجير قبض الاجرة أولا قاله ابن القاسم وبه مضت
الفتيا عند الشيوخ وقال ابن حبيب القول قول الاجير على كل حال ان كان حرا وقال أبو اسحق التونسي ان قال الاجير عملت

[illegible] من استأجر أجيراً يبني له أو يحصده أو يعمل عملاً فمنعه المطر من العمل لم يكن له الا بحساب ما عمل من النهار قاله في الاستغناء قال وله أن يحضر الجمعة

والصلوات في الجماعات ولا يمنعه من ذلك ولابن مغيث لا يحضر الجمعة في اليومين وشبههما واذا اختلفا في الاجرة فان كان قبل العمل تحالفا وتفاسخا وان كان بعد العمل فالقول قول الصانع لانه حائز للعمل وفي كتاب الاستغناء أن البناء مثل الصانع لانه حائز للبناء ولا يجوز أخذ الاجرة على عبادة معينة وفي الامامة ثلاثة أقوال الجواز والمنع والفرق بين ان تكون مع غيرها أم لا وفي المدونة ويجوز أخذ الاجرة على الاذان والصلاة معا وكذلك أخذ الاجرة على تعليم القرآن لا بأس بها عند الجمهور قال ابن رشد ومذهب مالك رضي الله تعالى عنه وجمهور أهل العلم أن أخذ الاجرة على تعليم القرآن جائز ومن لم يجز ذلك من أهل العلم محجوج بمن اجاز ذلك لانهم الجمهور اذ هو عمل لا يلزمه فجائز ان يأخذ عليه اجرا واما حديث القرس فانما كان ذلك في أول الاسلام حين كان تعليم القرآن فرض عين فلما سقط الآن فرض العين كان لمن جلس لذلك أخذ الاجرة ويحكم له بالحذقة اذا اشترطها أو جرى بها عرف وهي اذا ختم القرآن في قول سحنون وقيل حيث جرت العادة بها في البلد من اجزاء القرآن واذا اختلف الجماعة على الامام في الصلاة فقال ابن مغيث لا يكون لهم عزله الا ان يثبتوا عليه بغيرهم جرحة في دينه وذلك اذا استأجره صاحب الاحباس وأما اذا استأجرته الجماعة فذلك لهم من غير ثبت الجرحة وقال الباجي نزلت باشبيلية في امام اختلف عليه الجيران فافتى بانه ان قام عليه النفر اليسير فلا يؤخر الا ان تثبت عليه

شاهدي الفرع على شهادتهما وكان تاريخها قديما أقدم من وقت اشهادهما فلا تحتاج شهود الفرع ان يؤرخوا شهادتهم وترك التاريخ لا يضر والى هذا ذهب ابن عتاب وأبو محمد المعيطي وأبو محمد بن الدباغ وابن القطان قال ابن سهل وكذا رأيت العمل بقرطبة ولا يزيدون على قولهم وشهد على اشهادهما بذلك فلان وفلان ورأيت أهل اشبيلية يؤرخون وقت اشهاد الشهود على شهادتهم والامر في ذلك واسع وفي وثائق الغرناطي قيل لا بد للشاهد من ان يؤرخ شهادته الا في موضعين احدهما ما أشهد فيه القضاة والحكام من تسجيلهم والثاني اشهاد الشهود على شهادتهم على خلاف ﴿مسئلة﴾ ويكفي في صحة نقل الشهادة فيما عدا الزنا ان يكون الناقلان اثنين بشرط ان لا يكون أحدهما احد شاهدي الاصل لانه اذا كان أحد الناقلين صار الحق انما ثبت بشاهد واحد * مثال ذلك اذا شهد رجل على علمه في حق وشهد هو وآخر على رجل ينقلان في ذلك الحق فلا تجوز لان واحدا أحيا الشهادة وتجوز الشهادة على علم نفسه ولا يجوز نقله عن الآخر وكذلك اذا شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما وثالث على شهادة الآخر في ذلك الحق فلا تجوز لان واحدا احيا شهادتهما وقال ابن المواز ذلك جائز لان الواحد جمع الاثنين فلو كان معه آخر ينقل معهما لجاز فكيف وهو مع رجلين كل واحد ينقل عن رجل فهذا أقوى ثم هذان الشاهدان اللذان نقلا عن واحد يصح نقلهما عن الشاهد الثاني من شاهدي الاصل على المشهور وقيل لا بد من آخرين ﴿مسئلة﴾ وكذلك ينقل اثنان كلاهما عن رجل وامرأتين في الاموال وما يؤول اليها فيثبت الحق وينقلان أيضا عن رجل فقط ويثبت الحق مع يمين المستحق أو قيام شاهد آخر على الاصل ويجوز نقل رجل وامرأتين وأما في الزنا فيكتفي باربعة على كل واحد من الاربعة وروى مطرف انه لا بد من ستة عشر اربعة عن كل واحد وهو الاول قال ابن الماجشون وقال أما ان تفرقوا فثمانية عن كل واحد اثنان وقد تقدم بعض هذا *

﴿الباب الرابع والثلاثون في القضاء بالشهادة على الخط﴾

وفي الطرر لابن عات الخط عندنا شخص قائم ومثال مماثل تقع العين عليه ويميزه العقل كما يميز سائر الاشخاص والصور فالشهادة على الخط جائزة لما ذكرناه وكذلك حكى الشيخ أبو اسحاق في كتابه عن مالك وغيره من اصحابه ان الخط شخص يميزه العقل كما يميز الاشخاص مع جواز الاشتباه فيها فلذلك تجوز في الخطوط ويؤيد ذلك اعتبار الشبه في القافة والحاق النسب بسبب الشبه والحكم بذلك فالخط من هذا الباب قال الابهري تجوز الشهادة على الصور وان كان يشبه بعضها بعضا وليس ذلك الاغلب يعني الاشتباه وكذلك الخطوط تجوز الشهادة عليها وان كان يشبه بعضها بعضا اذ الاختلاف فيها اغلب وقال ابن راشد الشهادة على الخط حصل فيها حاسة البصر وحاسة العقل فالبصر رأى خطا فانطبع

في الحاسة الخيالية والعقل قابل صورته بصورة ذلك الخط يعني خط الرجل الذي رآه يكتب غير مرة حتى انطبعت صورة خطه في مرآته فاذا قابل العقل تلك الصورة بالصورة التي رآه يكتبها قال هذا خط فلان * بقي النظر ههنا هل يقال ان الخطوط تتشابه فيحصل الغلط للعقلاء ويقال التشابه نادر والاعتماد على ما يحصل عند العقل فهذا هو سبب الخلاف فيخرج من هذا قولان بالجواز وهو الصحيح المعمول به لما قلناه والمنع خوف التشابه وقال ابن عبد السلام من عرف خط الشاهد بكثرة رؤيته لكتابته ثم أتى بشيء مما كتبه ذلك الانسان ليشهد بانه خطه فالشاهد لم ير هذا الخط حين كتبه كاتبه فاعتماده في الشهادة انما هو على ظن حصل في ذهنه ان الذي رآه الآن هو من نوع الذي كان رأى ذلك الكاتب يكتبه وجعل هذا مدركا للشهادة في غاية الضعف واحرى اذا شهد على خط من لم يره يكتب ولم يجتمع به وأيامه وزمانه ولا ما كان معتمدا على كثرة ما رأى من خطه الذي ينسب اليه والصحيح ما تقدم وتقدم في باب الشهادة على السماع ان شهادة السماع في خطوط الشهود الاموات جائزة فانظره وفي المتيطية وقول ابن القاسم في معرفة الخط انها كمعرفة الشهود الثياب والدواب وسائر الاشياء لا فرق بين ذلك قال بعض الشيوخ وهذا يدل على ان الشهادة على الخط انما تكون على القطع وفي كتاب القروي ان الشهادة في ذلك انما هي على العلم

(فصل) والخطوط على ثلاثة أقسام (القسم الاول) خط الشاهد الذي يتعذر حضوره عند القاضي لموته أو غيبته والمشهور من المذهب انها جائزة ورواه ابن وهب ومطرف عن مالك وهذا اما لم يستنكر الشاهد شيأ وروى عن مالك أيضا انها لا تجوز قال ابن عبد السلام قال الباجي مشهور قول مالك ان الشهادة على خط الشاهد لا تجوز والجواز قال ابن القاسم وابن وهب وسحنون وقال ابن راشد قال الشيخ أبو الوليد بن رشد لم يختلف قول مالك في الامهات المشهورة في اجازتها واعمالها وروى عنه انها لا تجوز واليه ذهب محمد وجعل علة الشهادة على خطه كالشهادة على شهادته اذا سمعها منه ولم يشهده عليها فلا يجوز ان يحملها عنه قال وقد يكتب بخطه فيما يستريب فيه وقت الاداء وقد يكتب على من لا يعرف بعينه ولا باسمه انتهى وقد يكتب شهادته على نوع من الاكراه وشاهدت هذا في حكومة رفعت الى حاكم تتضمن هبة لوجه الله تعالى وأنه وهب ذلك في حال صحته وجواز تصرفه طائعا مختارا وانه أحاز ذلك وفي الهبة خط بعض أهل العلم وغيرهم من العدول وكانت الهبة على سبيل الاكراه وكتابة الشهود على نوع من ذلك وكان الحاكم يعرف باطن القضية فصرفها عن نفسه وذهب ابن لبابة الى ما ذهب اليه محمد بن المواز من منع العمل بها في الاحباس وغيرها وهو الاحتياط لما كثر من الفساد والتدليس وربما كان أصل المكتوب على وجه التقية وشهوده لو كانوا أحياء أخبروا بذلك فيعمل بالشهادة على خطوطهم فيما لا يشهدون به لو حضروا وقال ابن المواز ما علمت من حكم بها (فرع) قال ابن

جرحة في دينه وان كان قام عليه جميع الجيران أو جلهم فانه يمنع من الصلاة لما جاء انه لا يصلي أحد بقوم وهم له كارهون وهكذا ذكر فيها ابن حبيب وشاور فيها قاضي اشبيلية بقرطبة فقال أبو عمر احمد بن عبد الملك مثل ذلك وتابعه عليه غيره وحكم القاضي بذلك وان قام بذلك غير أهل العدل والصلاح ولم يقم بذلك أهل الخير منهم فلا يلتفت اليهم وان كان القائمون من غير أهل العدل أكثر وفي مسائل ابن الحاج سئل في أهل قرية استأجروا اماما للصلاة بالطعام على كل من تجب عليه منهم وأجروا الاجرة سوى أربعة رجال منهم يحرسون بقر القرية يرفعون عند طلوع الشمس ويدخلونها في المغرب أبوا ان يعطوا الاجرة مع جيرانهم فقال اذا التزموا الاجرة مع جيرانهم لزمتهم وان لم يلتزموا مع جيرانهم الاجرة لم يلزمهم الا ان يكون عرف أهل القرية على ذلك فتلزمهم * فان استأجر أهل القرية حارسا لزرعهم (فيكتب في ذلك على ما جرت به العادة عندنا عقد) التزم فلان حراسة زرع قرية كذا الصيفي في عام التاريخ من البهائم السائبة والايدي العادية والصيد الجافي والقيام على ذلك ليلا ونهارا بابلغ طاقته واقصى مجهوده من الآن الى نصوضه بأجرة مبلغها كذا من الطعام مستوفيها من أرباب الزرع عند دراسته أو قبض منها كذا والباقي لامد كذا وعليه النصيحة في ذلك والاجتهاد ورضى بذلك أهل القرية وكتبوا له بشهادتهم هنا بخطوط أيديهم لتكون شهادة عليهم برضاهم بذلك في تاريخ كذا (بيان) لا بد ان يعين في العقد الاجرة هل هي بنسبة ما لكل واحد منهم في الزرع أو على غير ذلك فان وقع ذلك مجملا ولم يبين فاختلف في ذلك وكذلك في كل ما يشابه ذلك من الاجارات فقيل انها تكون على الرؤس وقيل على قدر ما لكل منهم من الزرع قال

زرب لاتجوز الشهادة على خط الشاهد حتى يشهد هذا الشاهد ان صاحب هذا الخط كان يعرف من اشهده معرفة عين قال بعض الشيوخ وذلك صحيح لا ينبغي ان يختلف فيه لما قد تساهل الناس في وضع شهاداتهم على من لا يعرفون قال ابن راشد وهذا فيه تضييق وظاهر كلام المتقدمين انه لا يحتاج الى ذلك ويحمل العدل انه لا يضع شهادته حتى يعلم انه يشهد على خطه وانه لا يضعها الا عن معرفة والا كان شاهد ازور والفرض انه عدل وبهذا جرى العمل عندنا بقفصة وهو الصواب وفي الطرر وانما أراد ابن زرب اذا لم يكن في الوثيقة التي فيها شهادة المشهود على خطه انه يعرف المشهود عليه معرفة العين فان كان فيها ويعرفهما باعيانهما فهي شهادة تامة لانه على ذلك كتب شهادته ونسبه الى مختصر الثمانية وفي المتيطية واذا احتيج الى الشهادة على معرفة خطوط الشهود في وثيقة فقد سقط من عقدها معرفة عين المشهود عليه وكان الامر مشكلا لا يدرى ان كان الشهود المشهود على خطوطهم كانوا يعرفون المشهود عليه ام لا فمن أجاز الشهادة على الخط قال لا يحتاج الشهود الذين يشهدون على معرفة خطوط الشهود ان يكتبوا شهادتهم ان المشهود على خطوطهم كانوا يعرفون المشهد على نفسه في العقد ويشهد بذلك غير من يشهد على معرفة الخط والا فالشهادة على معرفة الخط ناقصة ﴿فرع﴾ وفي الطرر واذا كتب الرجل ذكر حق على من لا يعرفه الشهود فالاحسن ان يكتب نعته وصفته ويشهد الشهود على الصفة حيا أو مات أو غاب وقد قال بعضهم يكتب اسمه وقريته ومسكنه ويجتزى بذلك قال والاول أحسن لانه قد يتسمى الرجل بغير اسمه وغير مسكنه وغير موضعه فاذا لم يعرفه الشهود بعينه ولا وصفوه بصفته دخله ما ذكرنا ﴿فرع﴾ وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب وقال لي مطرف وأصبغ في ايقاع الشهادة في الصحيفة بامر الذي كتبت عليه وهم لم يقرؤها ولم تقرأ عليه اذا كان المشهود عليه ممن لا يشك الشاهد انه قد أحاط بما فيها علما فأوقع شهادتك اذا قال لك ما فيها حق وان كان أميا وان لم تقرأ عليه وان كان ممن يظن انه لم يحط بها علما وممن يخشى ان يكون مخدوعا فلا توقع شهادتك فيها حتى تقرأها عليه وان قال لك ما فيها حق أميا كان أو قارئا ﴿فرع﴾ وقال ابن حبيب وقال لي مطرف عن مالك لا يوقع الرجل شهادته على من لا يعرف حتى يكون معه من يعرفه به وقال لي ابن الماجشون وأصبغ وابن عبد الحكم مثله وأخبر به أصبغ عن ابن القاسم وذلك خيفة ان يأتي رجل فيتسمى باسم رجل غيره ويشهد انه باع داره بموضع كذا أو عبده فلانا من فلان وتلك الدار لغيره فيوقع الشاهد شهادته على من لا يعرف ثم يموت الشاهد فيشهد على خطه فتجوز الشهادة فيخرج صاحب الدار من داره ويخرج العبد من ملكه قال مطرف وابن الماجشون وقد فعل شبه هذا عندنا وهذا من عيوب الشهادة على الخط ﴿مسئلة﴾ واذا قلنا بجواز الشهادة على الخط فانه يشترط ان يكون الشاهد على الخط من أهل اليقظة والفطنة والمعرفة التامة وحسن التمييز ﴿فرع﴾ قال أصبغ الشهادة على خط الشاهد في غيبته

البنائي اقيس وقال أحمد بن نصير في الرفقة يستأجرون من يحرسهم من لصوص أو غيرهم فالاجر على قدر ما لكل واحد منهم من الناض والمتاع وعلى قيمة المتاع وفي مسائل ابن الحاج اذا اتفق الجيران على رجل يحرس جناتهم أو كرومهم أو حوانيتهم فابى بعضهم من ذلك فانه يجبر معهم قال وكذلك أفتى ابن عتاب في الدور يتفق الجيران على اصلاحها ويأبى بعضهم من ذلك قال القاضي الا ان يقول صاحب الكرم انا احرسه بنفسي أو يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك وبذلك افتيت وسئلت من سنة عن قوم لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى بعضهم من ذلك وقال منعي من يحرس زرعي وزرع كل واحد منهم على حدة واستأجروا من يحرس وأبى هو من الدخول معهم ولم يحرس له احد حتى كمل الزرع فافتيت بانهم يرجعون عليه بما ينوبه من الاجرة قال وأما الاجرة على الصلاة للامام فمن اباها من الجيران لم يجبر عليها ولا يحكم عليه بها لان الاجرة على الصلاة مكروهة في أصلها ولان مشاهد تهافي الجماعة سنة لا فريضة وينبغي في أجرة الجمعة ان تلزم من أباها لان شهود الجماعة فريضة وفي كتاب الاستغناء قال المشاور وغيره واذا كان لقوم بقرية بقر أو غنم ليس لكل واحد منهم ما يرعاه راع فيأخذون راعيا يرعى عليهم غنمهم ويتركون رجلا أو رجلين لا يريدان ان يرعى لهما أو يريد القوم ولا يريد الراعي أو موته ولا يجبر الراعي ولا من يرعى له على الرعاية سواء قدر على رعايتها أو لم يقدر وليرع كل واحد منهما لنفسه وليفعل ما احب اذ كل واحد يقدر على رعاية متاعه وكذلك أهل الارحي والافران والحمامات لا يجبرون على طحن ولا طبخ لاحد وان لم يكن في

أوموته لا يجهل الحاكم ما الحكم بها وليتثبت ﴿مسئلة﴾ اختلف المذهب فيما تجوز فيه
الشهادة على الخط ففي الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ان الشهادة على الخط
لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود ولا في كتاب القاضي الى
القاضي بالحكم ولا تجوز الا في الاموال خاصة وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا اليمين مع
الشاهد لا تجوز الشهادة على الخط وحيث يجوز هذا يجوز هذا قال ابن راشد وهذه
التفرقة لا معنى لها الا أن يروا ان الاموال أخف لكونها يقضى فيها بالشاهد واليمين
ويقبل فيها شهادة النساء وليس بذلك يعني في القوة قال والصواب الجواز في الجميع وقال
ابن الهندي ويلزم من اجازه في الاحباس القديمة ان يجيزه في غيرها الان من أخذ بقول
من اجازه لزمه ان يجيزه في كل شئ مطلقا الا ان الحقوق كلها عند الله سواء ومن أخذ بقول
من لم يجزه ملسقطه في جميع الاشياء قال والاحوط أن لا تجوز الشهادة عليه بحوالة الزمان
وفساد أهله * ومن الحجة لجواز شهادة الخط وقوته ان عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب
وطلحة والزبير وغيرهم رضوان الله تعالى عليهم اجمعين قد شهدوا في كتاب مروان بن الحكم
الذي كتبه على لسان عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه في محمد بن أبي بكر الصديق
رضي الله تعالى عنه انه بخط مروان ومن ذلك تولد على عثمان رضي الله تعالى عنه ما تولد
وهو أول حادث حدث من جهة الشهادة على الخط فلو كانت الشهادة لا تجوز عليه
لم يشهد بها اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لا سيما في التبطن في الدماء * ومن الحجة أيضا
ان عبد الله بن عمر بن الخطاب كتب ببيعته الى عبد الملك بن مروان ولو لم يكن الخط كافيا
لم يكتف عبد الملك من ابن عمر بالخط في هذا الامر العظيم وقد أدخل مالك رضي الله
تعالى عنه بيعة عبد الله بن عمر لعبد الملك في الموطأ ولم يذكر انه اشهد على ذلك وفي
أحكام ابن سهل عن محمد بن فرج مولى ابن الطلاع قال الاصل في الشهادة على الخطوط قول
مالك وأكثر اصحابنا انها تجوز في الحقوق والطلاق والاحباس وغيرها الا أن الذي جرى
به العمل عند الشيوخ انها تجوز في الاحباس وما يتعلق بها وقال ابن أبي زمنين الذي جرى
به العمل في وقتنا ان الشهادة على الخط لا تجوز الا في الاحباس خاصة لما اشتهر من
الضرب على الخطوط ولا يشهد في الاحباس حتى يشهد الشهود انهم لم يزالوا يسمعون
ان الذي شهدوا به حبس وانه قد كان يحاز بما تحاز به الاحباس قال ابن سهل الصحيح
عندي الذي لا أقول بغيره ولا أعتقد سواه انه لا تجوز الشهادة على الخط ولكني أذهب الى
جواز ذلك في الاحباس خاصة على ما اتفق عليه شيوخنا رحمهم الله اتباعا لهم واقتداء بهم
واستحسانا لما درجت عليه جماعتهم وقضى به قضاتهم وانعقدت عليه سجلاتهم وان كان
ابن لبابة قد ساق أصله أن لا تجوز في حبس ولا غيره وقد ذهب الى ذلك غيره ممن لا يلتفت
اليه والجمهور أولى بالاتباع وما أجمعوا على ذلك في الاحباس الا حيطة عليها وتحصينا لها
من ان تحال عن أحوالها وتغير عن سبيلها واتباعا لمالك في المنع من بيعها والمناقلة بها

الموضع غيرهم ولمن شاء طبخ وطحن ولا يجبر أحد على ما يملكه من نفسه وماله كما لو قال الراعي لا أرعى لأحد كان له ذلك
وكذلك الصناع كلهم ولغيره نحوه والا فيما كان من المباحات للناس كالفرن والرحا والحمام اذا لم يكن في الموضع غيره وأبى
من الطبخ والطحن فيه لاحد انه يجبر على الطبخ من أباه بما يطبخ به مثله لا يزاد على ذلك لان ذلك من
الضرر للجار وقد أوصى الله
سبحانه وتعالى بالجار وأمر
بالرفق به وقد أباح هذه
الاشياء للعامة وكذلك البئر
تكون في ملكه فيبيعها
للعامة وما أشبه ذلك والقياس
الاول وهذا استحسان
وأخبرني الثقة من أصحابي ان
القضاة بطليطلة كانوا
يحكمون باجبار الفران على
طبخ خبز جاره اذا أبى من ذلك
بمثل ما يطبخ به خبز مثله ويرون
ان امتناعه من ذلك ضرر
وفي سماع ابن القاسم من
كتاب الجعل من الشرح لابن
رشد فيمن يخيط الخياط أو
يستعمل غيره من الصناع ولم
يواجبه على شئ معلوم ثم
يرضيه اذا فرغ منه فقال
لا بأس بذلك ومثله ما يعطى
الحجام وصاحب الحمام وكره
ذلك ابن حبيب ولم يبلغ به
التحريم ﴿وسئل﴾ ابن رشد عن
رجل باع من رجل سلعة بثمن
معلوم الى أجل معلوم وأراد
ان يدفع له ثيابا يخيطها له أو
يصبغها له ويقطع من ذلك
﴿فقال﴾ لا يجوز ذلك حل
الاجل أو لم يحل الا ان يخيط له
أو يصبغ له على غير شرط ثم
يتحاسبان بعد ذلك وفي كتاب
الاستغناء من استؤجر لسنة
بعينها أو لشهر بعينه لخدمة معروفة كالحرث وشبهه لم يكن لواحد منهما ان يحل الاجرة قبل تمامها اذا أبى الثاني الا ان يتراضيا
جميعا على ذلك فان فعل ذلك فقد اختلف في الاجرة فقال بعض شيوخ المتأخرين ان أخرجه المؤاجر قبل تمام المدة كان له عليه
أجرته ونفقته وكسوته ان كانت مشترطة الى تمام المدة قال غيرهم وكذلك ان اخرج الاجير قبل تمام المدة لم يكن له شئ مما

وان خوبت وقد ذكر بعض من تأخر من الشيوخ ان اختيارهم في تجويز الشهادة على الخطوط في الاحباس انما كان لان الابدان يقترن بها سماع بالتحبيس وفشوّ عند الناس فقويت بذلك الشهادة على الخط فيها وهو معنى معدوم في غيرها في الغالب قال ابن راشد والذي جرى به العمل عندنا على ما اختاره الشيوخ اجازتها في الاحباس وما جرى مجراها مما هو حق الله تعالى وليس بحد من الحدود والذي جرى به العمل بافريقية في زماننا الشهادة على الخط ﴿ تنبيه ﴾ قال ابن راشد جرت عادة القضاة ان يأمروا الشهود ان يكتبوا في الشهادة على الخط وانه كان في حين ايقاع الشهادة برسم العدالة وقبول الشهادة الى أن توفي على ذلك وذلك حسن اذا لم يكن القاضي يعرف عدالة المشهود على خطه أما اذا كان يعلم عدالته أو كان يشهد بين الناس الى أن توفي أو غاب فيكتفي بان يشهد عنده ان هذا خط فلان وكذلك رأيته في بعض الكتب وقد وضعت فيه بعض قضاة الجماعة فقال ﴿ تنبيه ﴾ وهذا الذي قاله ابن راشد انه ما جرت به عادة القضاة ذكر المتيطي انه روى عن مالك رضي الله تعالى عنه وانه قال لا تجوز الشهادة على خط الشاهد ومعرفة عدالته حتى يقول الشهود انه كان في تاريخ الشهادة عدلا ولم يزل على ذلك حتى توفي احتياطا ان تكون شهادته قد سقطت بجرحة أو غيرها أو كان غير مقبول الشهادة قال المتيطي وان زدت في التقييد ممن يعرف ان الشاهد المذكور كان يعرف المشهود عليه بعينه واسمه وان لم يكن في عقد الشهادة معرفته بالعين والاسم كان أكمل للشهادة وأتم للتقييد قال وهي نكتة حسنة قل من يعرفها أو يهتدي اليها وهذه الزيادة هي التي تقدم ذكرها عن ابن زرب ولكن أعدناها هنا لكونها أحسن في السياق

﴿ فصل ﴾ وفي المتيطية واذا أردت تقييد الشهادة على خط الشاهد الميت كتبت في ذلك وقف من يوقع اسمه بعد هذا من الشهداء على خط الشاهد فلان بن فلان الواقعة شهادته في أسفل هذا العقد في البياض الذي في أوله بعد سطر افتتاحه كذا وتأملوه واتقنوا النظر فيه فتبين لهم وتحقق عندهم ان شهادته المذكورة بخط يده المعهود عنه لا يشكون في ذلك ولا يمترون فيه لرؤيتهم له يكتب المرة بعد المرة ويعرفون مع ذلك انه كان برسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ الشهادة المذكورة وبعدها الى أن توفي وان كان غائبا قلت الى أن غاب شهد بذلك كله من عرفه حسب نصه وتحققه على حال وصفه وأوقع به شهادته اذ سئلها في تاريخ كذا ﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بجواز الشهادة على خط الغائب فقد قال ابن راشد الغيبة التي تجوز الشهادة فيها على الخط عند من يجيزها غير محدودة عند سحنون وانما قال الغيبة البعيدة وقال ابن الماجشون قدر ما تقصر فيه الصلاة وقال أصبغ مثل مصر من افريقية ومكة من العراق وهذه الغيبة معتبرة في خط المقر وخط الشاهد الغائب ﴿ القسم الثاني خط المقر ﴾ قال ابن المواز لم يختلف مالك واصحابه في جواز الشهادة على خط المقر والاتفاق حكاه أيضا ابن هشام في مفيد الحكام وفي الجلاب رواية بالمنع وهل عليه يمين

الاجرة لازمة الى وقت تمام عقدها ولان المسلمين عند شروطهم وهذا وجه القياس والقضاء والاستحسان ان كل من عمل عملا انتفع به فينبغي ان يدفع للاجير اجرته ونحو هذا من القوانين وفي المؤلفة لابن لبابة قال أصبغ ابن خليل فيمن واجر ناعلى طبخ خبز الى شهر ودفع اليه الاجرة ولم يطبخ له شيأ من استغنائه عنه أو رحيل أو غيره انه لا يرجع عليه بشيء ولزمه اجتهاد خبزه واذا تعطل اجير الحرث لانكسار محراثه أو توقف ثور فلا اجرة له واجبة لا يحط بذلك شيأ وان كان لمطر منع من الحرث او الزراعة أو القحط امتنعت به الارض أو لمرض الاجير فلا اجرة له في هذا ويحط له من الاجرة بقدر الايام التي تعطل فيها بسبب ذلك وعليه من رعي البقر وطلب العشب لها ما جرى به العرف من ذلك

﴿ الاستئجار في رعاية الغنم ﴾

والاستئجار في رعاية الغنم على غنم باعيانها وعلى عدد معلوم وغير معين وعلى ان يحرس له غنمه من غير عدد ولا تعيين فاما الوجه الاول فيكون على شرط الخلف فان لم يكن على ذلك فالاجارة فاسدة ويفسخ ويكون للراعي أجرة مثله فيما رعى (ويكتب في ذلك عقد) استأجر فلان مع فلانا على حراسة غنمه التي له بموضع كذا وعدتها كذا المدة من عام أوله كذا باجرة مبلغها كذا وتولى الراعي حراستها بعد ان نظر اليها وعدها وصارت بيده وتحت عصاه يطلب بها الخلف والكلأ وعليه الاجتهاد في ذلك وأداء الامانة فيه وعلى صاحبها

خلف ماضاع منها أومات أوباعه بطول هذه المدة وعرفا قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا * فأن وقع العقد مسكوتا فيه عن ذكر الخلف فقيل انه يفسد لعدم النص على ذلك وقيل انه محمول على شرط الخلف حتى يثبت على انهما دخلا على أن لا خلف فيها وان أتى الراعى فى هذا براع آخر مكانه لم يجزه ذلك قال سحنون ولو رضى بذلك أيضا صاحبها لم يجز وكان حراما وقال ابن لبابة ان وكل الراعى مثله فى الامانة والكفاية لم يضمن وان لم يكن مثله ضمن وقال أبو صالح هو ضامن كان مثله أو لم يكن (ويكتب فى الوجه الثانى) عقد استأجر فلان فلانا على حراسة كذا وكذا رأسا من الغنم يحرسها له المدة كذا بأجرة كذا وعلى الراعى المذكور ان يطلب بها الخصب والكلأ ويقوم عليها بأبلغ طاقته واجتهاده الى تمام المدة وعرفا قدر ما وشهد عليهما بذلك فى كذا * وعقد الاجارة على هذا الوجه جائز ويلزم الراعى خدمة العدد المذكور الى تمام المدة ولا يجوز فى هذا شرط الخلف وان فعل فسد وان هلكت الغنم أو بعضها كان لربها ان يأتى بغيرها ليرعى له الراعى لئن لم يأت لم يبن ذلك لزمته الاجرة كلها وكذلك يجوز له ان يستأجره على حوز غنم ولا يسمى له عددا وهو الوجه الثالث اذا اشترط ضمنه لنفسه ويلزمه ان يرعى ما مثله يقوى عليه (ويكتب فى ذلك عقد) استأجر فلان فلانا لحراسة الغنم المدة من كذا على ان يضمنه لنفسه وتكون تحت يده بأجرة كذا دفعها له بطول المدة والتزم الراعى المذكور ذلك وشهد عليهما بذلك فى كذا * فان توالدت الغنم فى المدة واختلفا فى رعايتها حملا فى ذلك على العرف والعادة فى الموضع وذلك سواء فى المعينة وغير المعينة قال ابن مغيث وغيره فان لم يكن عرف فلا يلزم الراعى حراستها قال والذى يقتضيه أصول المدونة ان يلزمه حراستها كالذى يكترى من امرأة يحملها فتلد فى الطريق انه يحمل المولود معها واشتراط ذلك فى عقد الاجارة احسن (ويكتب فى ذلك ما نصه) وشرط عليه مع ذلك حوز سخالها عددها كعدد الامهات من وقت ولادتها الى فطامها وتنفسخ الاجرة بموت الراعى ولا تنفسخ بموت الغنم وفى كتاب الاستغناء اذا ادعى رجل فى غنم بيد راع اختلاطا وصدقه الراعى وأنكر رب الغنم وادعاها لنفسه فالقول قوله مع يمينه ولا يقبل قول الراعى ولا اقراره وانما هو أمين على الرعاية وليس له فى رقاب الغنم شئ قال المشاور وكذلك ان كان يرعى لقوم فتداعوا فى بعض الغنم أو فى شاة منها فعلى قول مالك رضى الله تعالى عنه يحلف من يقر له الراعى بذلك انها له اذا كان عدلا

مع الشاهدين أم لا روايتان والاصح عدم اللزوم وهذا الخلاف فى اليمين انما هو عند من يرى الخلاف فى جواز الشهادة وأما من يحكى الاتفاق فلا يحتاج عندهم الى زيادة اليمين انظر ابن عبد السلام وهذا اذا شهد له على الخط شاهدان فان قام له شاهد على الخط فهل يحلف معه روايتان أيضا عن مالك وفى الطرر لابن عات والصواب عدم الحكم قال ابن [illegible] مع شاهد على الخط ويمينا أخرى ليكمل بها السبب قال فصح ان يحلف يمينين فى حق واحد لان ذلك على جهتين مختلفتين لا على جهة واحدة (فرع) وفى التنبيه لابن المناصف فى الشهادة على خط المقر قال فاذا تحقق الشهود ان ذلك خط الشاهد ولم يداخلهم فى ذلك شك ولا غلبة ظن فليعرفا على الشهادة فاذا ثبت ذلك على وجهه حلف الطالب حينئذ واستحق حقه لانها شهادة ناقصة ولذلك قال مطرف وابن الماجشون ان الشهادة على الخط لا تجوز الا فيما كان مالا خاصة حيث تجوز اليمين مع الشاهد (فرع) وفى الطرر لابن عات مما نقله عن الكافى من شهد له شاهدان على خط غريمه بما ادعاه عليه وهو جاحد انه لا يحكم له بمجرد الشهادة على خطه حتى يحلف معها فاذا حلف انه لحق وما اقتضيت منه شيأ مما كتب بخطه أعطى حقه فان كان طالب الحق ميتا حلف ورثته على البت أيضا انه لحق وما علموا انه اقتضى منه شيأ وهذا كله رواه ابن وهب عن مالك رضى الله تعالى عنه قال المازرى وهذا الذى ذكره ابن الجلاب من القول بالتحليف مع الشاهدين قد يقع فى النفس استنكاره على أصل المذهب اذ لا يقول بالتحليف مع شهادة عدلين شهدا فى حق أحد من فقهاء الامصار سوى ابن أبى ليلى ويذكر ذلك عن على رضى الله تعالى عنه لكن بعض اشياخى يعتذر عن هذا بان خط المقر أقيم مقام شاهد عليه لان الشاهدين على خطه لم يشهدا على لفظه وانما شهدا بما يدل على لفظه فصار خطه كشاهد قام عليه فنقل عنه هذه الشهادة شاهدان فلا بد من اليمين لاجل المنقول عنه الذى هو كشاهد واحد ولاجل هذا التعليل جاء الخلاف فى قبول شاهد واحد على هذا الخط لانا اذا جعلنا خط المقر قائما مقام شاهد فانه لا يقبل نقل شاهد واحد عن شاهد واحد واذا قلنا ان خطه كلفظه فشاهد واحد مع اليمين يقضى به عليه (فرع) وفى الطرر أيضا وان كتبت الوثيقة بخط يده وشهادته فيها نفذت لانه

[لم] يكن عدلا * ولم تقم له بينة لأحدهم والوسم ليس بشئ ولا يعتبر في ذلك ﴿وسئل﴾ ابن رشد في رجل استأجر
رجلا على غنم له فلما كان بعد ذلك اختلف في عدد الغنم فقال ربها استأجرتك على مائتي شاة وهي جملة ما بيد الراعي
وقت التنازع وقال الراعي بل على مائة وخمسين والخمسون الزائدة التي بيدي مالي وملكي كانت عندي وقت الاجارة أو أفدتها
بعد ذلك بوجه سائغ يدعيه القول قول من ترى منهما وكيف وان لم يدعها الراعي لنفسه وادعى انها لرجل أجنبي حاضر أو غائب
والغنم وقت الدعوى ممكن ان تأوي الى دار صاحب الغنم أو الى دار أجنبي أو الى الفحص بين لنا الوجه في ذلك ﴿فأجاب﴾
الذي أراه في ذلك أن لا يصدق الراعي الا ان يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف معه وان أقر بشئ منها الغير الذي استأجره فهو له
شاهد تقبل شهادته ان كان عدلا وسواء كان مأوى الراعي الى داره أو الى دار الذي استأجره واذا رعى
الراعي ثورا أو غنما لحاضر أو
غائب بغير أمره سائبة أو غيرها
فله أجرته ولا كلام لصاحبه
ان يقول هلا دفعته عن
نفسك فان كانت سائبة
فتركها ولم يضمها فضاعت
فلا ضمان عليه ولا ضمان على
الراعي فيما تلف من الغنم
وغيرها اذا لم يتعد ولا فرط
واقصى ما عليه فيما ضل
أو هلك اليمين أنه ما فرط ولا
تعدى وان شرط عليه
الضمان فلا يلزمه وفسخت
الاجارة وردت الى أجرة المثل
فيما رعى والحكم في ذلك
واحد كانت الغنم لواحد أو
لجماعة وروي عن ابن المسيب
في الراعي الذي يلقي الناس
أغنامهم اليه انه لا ضمان
لما تلف منها ورآه كالصانع
وليس على ذلك عمل واذا أتى
الراعي بالشاة مذبوحة
فقال خشيت عليها الموت
فهو مصدق واذا شرط على
الراعي أن لا يرعاها في موضع سماه فخالف في ذلك فعطبت فيه فهو ضامن وكذلك ان رماها فانكسرت
أو فقأ عينها فهو ضامن وفي بعض الكتب ما كسر بالعصى منها حين يردها فلا ضمان عليه وما كسر بالحجارة فهو ضامن لانه
متعد وفرق بعضهم بين ان تحيد من وجهته فتسقط في بئر ونحو ذلك فلا يضمن في ذلك عنده وضعف ذلك ابن يونس وقال
انه خلاف المدونة وكل شئ صنعه الراعي من غير الوجه الذي يجوز له ان يفعله فاصاب الغنم من صنيعه عيب فهو ضامن
وان صنع ما يجوز له ان يصنع فلا ضمان عليه قال بعضهم الاصل في الاجراء كلهم الراعي وغيره انهم مؤتمنون ولا ضمان
عليهم الا ان يكون منهم تعد أو تفريط ولا يخرج من ذلك الاصل الا صنفان أحدهما اجراء حمل الطعام فانهم ضامنون مطلقا كان

قليل ما يضرب على جميع ذلك وان لم يكن فيها شهادته لم تنفذ لانه ربما كتب ثم لا يتم
الامر بينهما ﴿فرع﴾ وان قال لفلان عندي أو قبلي كذا وكذا بخط يده قضي عليه لانه خرج
مخرج الاقرار بالحقوق وان كتب لفلان على فلان الى آخر الوثيقة وشهادته فيها لم تجز
الا ببينة سواء لانه أخرجها مخرج الوثائق وجرت مجرى الحقوق ولم تجز الشهادة فيها على
خطه وهو تقسيم جيد وهي مسئلة فيها اختلاف ﴿فرع﴾ وفي أحكام ابن بطال قال
مالك فيمن أوصى أن تقبض ديونه وان يقضى ما عليه فوجد صك بأربعة عشر دينارا وفي
أسفله بخط الميت قبضت منها ثمانية دنانير مما في بطن هذا الكتاب هل يحلف المطلوب
ويبرأ من الثمانية قال يبرأ منها بلا يمين ويؤخذ منه ما بقي ﴿فرع﴾ وفي الطرر لابن عات وأما
من أسلم ومنع من الكلام وأشار اشارة مفهمة أو كتب بخط يده ففيهما قولان والاحسن ان
يكون ميراثه لورثته من المسلمين وكذلك تجوز وصيته من الزاهي لابن شعبان ﴿فرع﴾ اذا
ادعى رجل على رجل بمال فجحده فأخرج المدعي صحيفة مكتوب فيها خط المدعى عليه
واقراره بما ادعى عليه وزعم المدعي انها بخط المدعى عليه فانكر المدعى عليه ذلك وليس
بينهما بينة فطلب المدعي ان يجبر المدعى عليه على ان يكتب بحضرة العدول ويقابل
ما كتبه بما اظهره المدعي فافتى أبو الحسن اللخمي بانه يجبر على ذلك وعلى ان يطول فيما
يكتب تطويلا لا يمكن معه ان يستعمل خطا غير خطه وافتى عبد الحميد الصائغ بأن ذلك
لا يلزمه اذ لا يلزمه احضار بينة تشهد عليه وفرق اللخمي بينهما بأن المدعى عليه يقطع
بتكذيب البينة التي تشهد عليه فلا يلزمه ان يسعى في أمر يقطع ببطلانه وأما خطه فانه
صادر عنه باقراره والعدول يقابلون ما يكتبه الآن بما أحضره المدعي ويشهدون
بموافقته له أو مخالفته ورجح أكثر الشيوخ ما افتى به اللخمي ﴿فصل﴾ ومن ذلك الشهادة
على خط الموصي قال ابن سهل سئل ابن زرب عمن كتب وصيته واشهد عليها ثم كتب في
أسفلها بخط يده هذه الوصية قد ابطلتها الا كذا وكذا منها فيخرج عني وشهدت بينة انه خطه
فقال لا يرد بهذا وصيته التي اشهد عليها وهذا الذي كتبه كمن كتب وصيته بخط يده ولم يشهد
عليها حتى مات وشهد على خطه فان وصيته لا تنفذ بريد فكذلك ما كتبه في أسفل هذه
الوصية

نفسه للعمل فان قامت لهم بينة بالتلف ففي سقوط الضمان قولان قال بعض المتأخرين اذا ادعى الصناع انه نقب عليهم أو احترق موضعهم فانهم ضامنون وان ظهر النار أو النقب ونزلت بقرطبة مسئلة النار فحرقت حوانيت الصناع فافتى فيها محمد بن أيمن بأن يحلف الصناع بأن امتعة الطالبين كانت في حوانيتهم وانها احترقت ويبرؤا من الضمان والقضاء بقرطبة بالزامهم الضمان الا ان يثبت معاينة احتراق الامتعة بأعيانها وكذلك الطعام يكون في أرحا فيحمله السيل ان ثبت ان الطعام كان حاضرا حين السيل أو النار فلم يستطع التخلص اليه فحينئذ يسقط الضمان والا فلا فان اشترط الصانع نفي الضمان ففي انتفاعه بذلك روايتان وأما دعوى الرد فالمشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه انهم لا يصدقون كالتلف وقيل انهم يصدقون الا ان يشهد عليهم حين الدفع وهو قول ابن الماجشون وحارس الحمام لا يضمن لانه أجير وقيل يضمن لانه نصب نفسه لذلك كالصانع وكذلك حارس الغنم المشترك في ضمانه اختلاف كما تقدم قال ابن عبد البر والصانة والسماسرة أيضا في ضمانهم اختلاف عن مالك وغيره وتحصيل مذهبه لا ضمان عليهم الا فيما تعدوا وضيعوا والذى أذهب اليه انهم ضامنون الا أن يتبين صدقهم وسئل في ذلك ابن رشد فقال وأما الصانة فيتخرج فيهم القولان اللذان في الاجير المشترك لمالك وأصحابه فمرة أجراه مجرى الاجير فلم يضمنه ومرة أجراه مجرى الصانع فضمنه وكذلك السماسرة والذى استحسن في ذلك بعض الفقهاء ان من كان منهم موصوفا بالخير والثقة معلوما بهما فهو كالاجير فيما ضاع عنده أو ادعى رده وان كان غير ذلك فهو ضامن فيما ضاع عنده ولا يقبل قوله فيما ادعى رده ولا فرق بين ما أخذوه للبيع أو طلبوه من الطلاب ومن فرق بينهما فليس ببين وقال ابن أبي زيد في الذى يدفع الى الصراف الدينار ليصرفه أو الحلى أو الثياب للبيع أو الرقيق الى النخاس أو الدواب باجر أو بغير اجر فيقول النخاس ذهب مني أو الصراف سقط مني أو يقولان بعنا وسقط الثمن أو بعنا من هذا الرجل وهو يجحد فهم ضامنون ان لم يقيموا البينة بالبيع منه وقبضه السلعة الا ان يكونوا من السماسرة الطوافين بالاسواق الذين شأنهم البيع ولا يشهدون فلا ضمان عليهم وقال ابن رشد في مسائله اما السمسار يدعى بيع السلعة من رجل بعينه وهو ينكر فلا اختلاف في انه ضامن لتركه الاشهاد ولا اعتبار بالعرف في ذلك * وفي مسائل ابن الحاج سئل في رجل دفع رمكة الى النخاس في سوق الدواب فسوقها ثم ردها الى الخيل فضاعت قال يظهر لي أن لا ضمان عليه ولا وجه لقول من

الوصية لا يلتفت اليه لانه لم يشهد عليه حتى مات انظرها في أحكام ابن سهل في رسم الشهادة على الخط في الحبس ﴿فصل﴾ ومن ذلك الشهادة على قضاء القاضي قال فضل بن سلمة وقد حكى ابن حبيب عن مطرف وأصبغ ان قضاء القاضي يثبت بشاهد واحد ويحلف معه الطالب ويثبت له القضاء قال فضل وهذا يرد ما تقدم ذكره عن مطرف وأصبغ في كتاب القاضي وحكمه انه لا تجوز الشهادة على الخط في كتاب القاضي ولا حكمه ومذهب عبد الملك انه لا تقبل الشهادة على الخط في حكم القاضي وقال أبو بكر بن عبد الرحمن وفي كتاب محمد عن أشهب جواز الشهادة على الخط في حكم القاضي ومنع ابن القاسم وعبد الملك ابن الماجشون وابن حبيب ثبوت الحكم بشاهد ويمين ﴿فرع﴾ واذا قدم رجل الى وكيل رجل بكتاب موكله ان يدفع له سلعة أو غيرها فعرف خط موكله ودفع ذلك للذى قدم بالكتاب فلما اجتمع الوكيل والموكل أنكر الموكل ان يكون كتب ذلك أو ارسل اليه أحدا فانه يحلف على ذلك ويغرمه الوكيل انتهى وكان ينبغي ان يأتي فيها من الخلاف ما في المسئلة التي فوق هذه على ما يأتي ذكره هل يجبر ان يكتب خطه بحضرة العدول ويقابلوه بالكتاب الذى قدم به الرسول أو لا يجبر على ذلك (فرع) وفي المتيطية اختلف اذا كانت شهادة الشاهد في ذكر حق على أبيه ثم مات أبوه وهو وارثه فقام صاحب الحق عليه بذكر الحق الذى فيه شهادته فاقر بالشهادة وزعم انه كتبها على غير حق أو انكرها فشهد على خطه فقال أصبغ ومطرف يؤخذ الحق منه لان المال لما صار اليه فكأنه شهد على نفسه وقال ابن الماجشون ليس مثله ولا يؤخذ منه الحق الا باقرار سوى خطه وشهادته وقال ابن حبيب بقول مطرف ﴿القسم الثالث﴾ شهادة الشاهد على خط نفسه في الوثيقة اذا علم انه خطه ولم يذكر الموطن * والمروى عن مالك رضى الله تعالى عنه انه اذا لم يشك في خطه ولم ير في الكتاب محوا ولا الحاقا ولا شيأ يكرهه فليشهد وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب وابن عبد الحكم وسحنون ورواه مطرف عن مالك قال مطرف ثم رجع فقال لا يشهد وان عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل منها على أكثرها وبه قال ابن القاسم وأصبغ قال ابن حبيب وهو احوط والاول جائز وفي المدونة لا يشهد حتى يستيقن الشهادة ويذكرها وفي سماع أبي زيد لا يشهد حتى يذكر ما في الكتاب حرفا بحرف

قال ابن يعقوب الا ان يثبت عليه تضييع أو تفريط فيضمن ولا بد من يمينه أنه ما ضيع ولا فرط وحينئذ يبرأ وقال في مملوكة وضعت
بيد طبيب ليعالجها فضاعت عنده فافتى أبو عمر الاشبيلي بأنه ضامن وقال غيره الصواب أن لا ضمان عليه في ذلك ويحلف
ان كان متهما وما حدث بالثوب عند السمسار عند نشره من تمزيق أو تفريق أو جذب مسمار حين تناوله فلا ضمان
عليه فيه ما لم يتعد او يجاوز القدر الذي اذن له فيه فان قال أهل البصر ان ما يحدث فيه لا يكون الا عن تعمد ضمن وان قالوا
انه محتمل فهل يحمل على العداء حتى يظهر خلافه او العكس في ذلك اختلاف والصواب انه محمول على العداء وكذلك الثوب
عند الخياط أو القصار يحدث فيه قرض الفأر فهو ضامن في قول مالك الا ان يرفعه بحضر شهود في موضع لا تصل اليه فيه فأرة
ثم يخرجه قبل زوال الحم وفيه أثر قطع الفأر وقال ابن حبيب اذا قطع أهل البصر انه قطع فأر حلف الصانع ما فرط ولا ضيع في قطع
الفأر ولا ضمان عليه * وما افسد الرحا من الطعام فعلى الممسك للرحا ضمانه اذا
خلس عليه والتزمه وكذلك
اذا لم يبين ان الرحا منقوش
فاذا افسد ضمن قال في المؤلفة
فان طحن للناس لا لنفسهم
ولم يجلس صاحب الرحا على
ذلك فلا ضمان عليه واذا
اختلف الصانع وصاحب
الشئ فقال الصانع امرتني
بخلخالين وقال صاحبه
بسوارين فالقول قول
الصانع وكذلك في مقدار
الاجرة القول قوله اذا أتى بما
يشبه فان قال المالك له
أودعتك وقال الصانع
استصنعتني فالقول قول
الصانع عند ابن القاسم وقيل
هو مدع وان قال صاحبه
سرق مني وقال الصانع
استصنعتني فقال ابن القاسم يتحالفان ويقال لصاحبه ادفع قيمة العمل فان أبى قيل للصانع ادفع قيمة صغيرا
المتاع بغير عمل فان أبى كانا شريكين وقال غيره الصانع مدع وللصانع ان يقدم من شاء في العمل وصاحب الرحا كذلك ما لم
يتعمد ظلما ومطلا وقال ابن القاسم لا يجوز ذلك الا في القليل قال ابن أبي زمنين أو يقدم واعالما أو شيخا لسنه على قدر الاجتهاد
﴿وسئل﴾ ابن رشد عن الدلال يبيع لنفسه سلعة فهل يجوز ان ياخذ عليها أجرة ﴿فقال﴾ لا أجرة له عليها الا ان يبين للمبتاع انها
له ويشترطها عليه ﴿وسئل﴾ فيمن استأجر أجيرا لطعام بموضع ثم خرجوا منه فالقاه بموضع آخر فطالبه بالاجرة ﴿فقال﴾ ليس
للاجير الا مكيلة طعامه بموضع الاجارة فان رضي المستأجر ان يعطيه مكيلة طعامه حيث لقيه جاز ولا يجوز له ان يدفع له ثمنا فان
أبى قضى للاجير بقيمة عمله لتعذر الوصول لموضع العمل ويجوز للرجل ان يؤاجر ابنه غنيا كان أو فقيرا قال ابن مغيث كان للابن
مال أو لم يكن وقال بعض الفقهاء اذا كان الاب غنيا أو الابن لم يجز ان يؤاجره قال وهذا القول مرغوب عنه والاول أحسن
* ويجوز استئجار الفحل للانزاء أمدا معلوما أو نزوات معلومة وروى عن ابن حبيب انه كرهه وليس من مكارم الاخلاق ومن
اكرى دابة بغير اذن صاحبها أدب على فعله وان لم تعطب فان عطبت ضمنها والله سبحانه وتعالى أعلم

وقال ابن نافع في المجموعة عن مالك رضي الله تعالى عنه قال وقد أتيت غير مرة بخط يدي ولم
ثبت الشهادة فلم أشهد لقوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا ﴿مسئلة﴾ اما اذا كان كتاب
الوثيقة كله بخط الشاهد وشهادته في أسفله وهو يعرف خطه ولم يرتب غير انه لم يذكر
[illegible]
المدونة ما يدل على خلاف ذلك وانه لا يشهد به من التنبيه لابن المناصف ﴿مسئلة﴾ وفي
أحكام ابن سهل في رجل قام بكتاب صداق وفيه نحو سطر ممحو وفي ذلك الممحو ذكر شرط
الرحيل فاجاب ابن لبابة وغيره ان الكتاب يصح كله غير الشرط فانه يسقط اذ قد محي الا ان
تثبته البينة فان لم تشهد البينة عليه حلف الزوج بالله ما اعرف هذا الشرط ولا شرطته على
نفسي ويرحل بزوجته ﴿فرع﴾ واذا قلنا انه يشهد حيث يوقن انه خط يده وان لم يذكر
الشهادة فيشهد ولا يعرف الحاكم انه لم يذكرها فان عرف الحاكم فلا يقبلها وقال سحنون
أرى أن يجيز شهادته وان ذكر للحاكم انه لم يعرفها اذا لم يرتب الشاهد في شئ منها وأما ان
شك في شئ منها لم تجز له شهادته بها من التنبيه لابن المناصف وأما على القول الذي رجع
اليه مالك رضي الله تعالى عنه ففي التنبيه لابن المناصف أنه لا يؤديها الا انه لا فائدة في أدائها
اذا لم يحكم الحاكم بها قال غيره وقيل يؤديها ويعرف الحاكم حاله ولا يقبلها الحاكم الا ان
يكون يرى بالقول الاول فيقبلها ولهذا وجب على الشاهد الاداء وتعريف حاله لان الحاكم
له ان يجتهد في ذلك فيقبلها وقال ابن الفرس قال بعضهم في رواية الجواز انها أوسع لان
حفظ ذلك صعب لا يستطاع ويدل على صحة هذا القول قوله تعالى ولا تسأموا ان تكتبوه

صغيرا أو كبيرا الى أجله الى قوله تعالى وادنى ان لا ترتابوا أى لا تشكوا وقد علم تعالى لمن الناس ينسون فلهذا أمر بالكتب (مسئلة) تقدم فى الفصل الثامن فيما ينبغى للقاضى ان يتنبه له فى أداء الشهادة ذكر ما يلزم الشهود من حفظ ما اشتملت عليه الوثيقة وما لا يلزمهم من ذلك فى شهادات الاسترعاء وغيرها (تنبيه) وفى المتيطية قال بعض الشيوخ و يتحصل الخلاف فى جملة هذه المسائل على أربعة أقوال أحدها ان الشهادة على الخط لا تجوز فى شئ من الاشياء الا على خط المقر على نفسه والثانى لا تجوز والثالث انها لا تجوز الا على خط المقر على نفسه وعلى خط الشاهد والرابع انها تجوز فى ثلاثة فى خط المقر على نفسه وعلى خط الشاهد الميت أو الغائب وشهادته على خط نفسه والله تعالى أعلم

تم

(تم الجزء الاول ويليه الجزء الثانى)

(وأوله الباب الخامس والثلاثون فى القضاء بشهادة الاسترعاء)